15

الكتاب الإسلامي

يوليو
1986

العرف

وأثره في التشريع الإسلامي

15 الكتاب الإسلامي يوليو 1986

العرف

وأثره في التشريع الإسلامي

مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة

المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان
طرابلس - الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

الطبعة الأولى

1395 و . ر ـ 1986 م

الكمية المطبوعة : 10000 نسخة
رقم الإيداع: 23 - 1986
دار الكتب الوطنية ـ بنغازى

المنشأة العامة للنشر والتوزيع والاعلان
طرابلس ـ الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية

ص.ب 959 مبرق 20235 نشتليبيا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدّمه

الحمد لله الذى أنزل على عبده الكتاب ، تبياناً لكل شىء ، وأنعم على الإنسان بالعقل - وطلب منه التفكير - ليعرف الحق ويعمل بما يوافق الحق ، وسدد هذا العقل بالتوجيه والإرشاد فأرسل إليه رسله الذين اختارهم من أرجح أقوامهم عقلاً ، وأحسنهم خلقاً ، فكان اللاحق منهم يبدأ من حيث انتهى السابق فى بناء صرح العقل وتطويره ، وتقويم الأخلاق . حتى كان آخرهم الذى جاء ليتمم مكارم الأخلاق .

وصلى الله على سيدنا محمد الذى ختمت به مواكب الرسل بعد أن بلغ العقل الإنسانى : درجة من السمو كان

بها مستحقاً أن يخاطبه ربُّه بقوله : ﴿ **إقرأ باسم ربك الذى خلق خلق الإنسان من علق، إقرأ وربك الأكرم الذى علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم** ﴾ .

فكانت هذه مرحلة جديدة فى مسيرة العقل يستطيع فيها مواصلة السير فى مختلف شؤون الحياة، مستغنياً عن إرسال الرسل بما أنزل على آخرهم ـ محمد بن عبد الله ـ الذى جاء إلى الناس ﴿ **يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ويضع عنهم أصرهم والأغلال التى كانت عليهم** ﴾ .

وبعد فإنه لما كان لكل شىء سبب ـ كما يقولون ـ فإن من الأسباب التي جعلتنى أختار دراسة العرف وأثره فى التشريع الإسلامى هو : ما نتج عندى من عدم الملاءمة بين ما أخذته عن العرف أثناء دراستى الجامعية بكلية الحقوق ، وبين ما وجدت عليه أمر العرف عند الفقهاء بعد أن توسعت فى دراسة الفقه الإسلامى بعض الشىء . حيث إن ما كان يقدم لنا عن العرف لا يجعل منه مصدراً للتشريع فى الوقت الذى احتفل به الفقهاء وبنوا عليه كثيراً

من الأحكام . من هنا وطنت العـزم على أن أدرس هـذا الموضوع بتوسع ، لأقف على الأسباب التي جعلت الفقهاء يهتمون به هذا الاهتمام الكبير .

وهناك سبب آخر ـ ربما كان أهم من الأول ـ وهـو ما يتضمنـه العمل بـالعرف من دلالـة عـلى سمـاحـة ويسـر الشريعة الإسلامية ، وإن كان التيسير والسماحة فى هـذه الشريعة من الأمـور المتفق عليها بـإجماع ، إلا أن إثبـات صحة العمل بالعرف يوسع من دائرة هذه السماحة .

غـير أنني ـ بعـد أن شـرعت فى المـوضـوع ـ كنت كلما جمعت شيئاً من المعلومات عن العرف : أشعر بالحاجة إلى المزيد وذلك بسبب اتساع الموضوع ، وتشعبه وكثرة مسائله يضاف إلى ذلك نـدرة الكتب الخاصة بدراسـة العرف . ومن هنـا عمـدت إلى دراسـة أمهـات كتب الشـريعـة الإسلامية ، كالتفاسير وشروح السنة وكتب أصول الفقـه وفـروعه . وأرجـو أن أكون قـد تمكنت ـ بحمد الله ـ من الوصول إلى نتائج طيبة حول العرف وحجيته ، وأهميته فى

التشريع الإسلامى . وسأعرض حصيلة هذه الدراسة على النحو الآتي :

نقسيم هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول . تناولت في التمهيد عرضاً سريعاً للعرف وملازمته للجماعات البشرية ، وبينت كيف أن الجماعات قد تُرغَم على التعامل بأعراف جائرة ، وكيف يتم التخلص منها ، ثم أتيت بلمحة بسيطة عن علاقة العرف ببقية مصادر التشريع الأخرى .

وتناولت فى الفصل الأول الحديث عن كيفية نشأة العرف واندثاره ، كما تحدثت عن أقسامه وشروطه وتعريفه ، وشمل حديثى : العادة والقرائن العرفية .
أما الفصل الثانى فقد خصصته للحديث عن حجية العرف واستدللت عليه من الكتاب والسنة ونقلت تبعاً لذلك أقوال العلماء فى الآيات والأحاديث المستدل بها على حجية العرف مع أمثلة من قول الصحابة والتابعين وكبار الأئمة وعملهم بالعرف والعادة ، ثم نقلت رأى الأصوليين فيه .

وأخيراً خصصت الفصل الثالث لأثر العرف . وتناولت فيه بعض أبواب الفقه ليكون فى هـذا على أثـر العرف فى مختلف شؤ ون الحياة ثم أنهيت هذا البحث بخاتمة لخصت فيها أهم ما توصلت إليه .

تمهيـــد

الأعراف والعادات من صنع الجماعات البشرية ، فهى أداة طيعة تستخدمها الجماعـات بالقـدر وللغرض الـذى تـريد . ويتم كـل ذلـك بـطريقـة آليـة ممـا يجعلهـا ـ أى الأعراف ـ مقبولة من الجميع « لأن العمـل الآلى هو : أنسب طـريقة يستجيب بهـا الإنسان للمثـير الخارجى »[1] وهذا من جملة ما تختلف فيـه الأعراف عن بقيـة الشرائـع والقوانين التى تفرض ـ فى الغالب ـ عـلى الناس فـرضاً ، بينما تعتبر الأعراف والتقاليد من « نتاج الانتخاب الطبيعى لألوان السلوك التى تثبت صلاحيتها فى المجتمع »[2] .

---

(1) , (2) ول ديورانت : قصة الحضارة تعريب الدكتور نجيب محمود ج 1 ص 49 ,50 الطبعة الرابعة مطابع النجوى 1973 م .

ولهذا كان الإنسان أكثر ميلاً إلى عاداته وأكثر نزوعاً إليها ، إلى درجة أنه خضع لأحكامها حتى فى المسائل الهامة مثل : المساس بالشرف وقتل النفس ونحو ذلك . .

فالأعراف من خصائص الجماعات البشرية منذ أن تكونت هذه الجماعات وسارت فى طريق الحضارة ، بل لعل الأعراف والعادات كانت : من وسائل تقدم[1] الإنسان ذاته حيث إن الأعراف ما هى فى الحقيقة إلا نوع من التجربة ، ومظهر خارجى لبعض جوانب الفكر ، حتى لقد اعتبرت من معايير تقدم الجماعة ومن عناوين حضارتها ، وذلك لما فى الأعراف وقيمها الذاتية ، ونوعية هذه القيم من الدلالة على ما تمارسه الجماعة من ألوان النشاط وأنماط السلوك .

ولعل من البديهى القول إن المقصود من الأعراف إنما هو : نوعها أو جنسها لا أفرادها المتغيرة . فالأعراف فى هذا تشبه الكائنات الحية من حيث التعاقب إذ تذهب

---

(1) جبريل تارد : قوانين التقليد . انظر تراث الإنسانية بحوث ودراسات الدار المصرية للتأليف د/ت .

الأفراد ويبقى النوع ، وهذا من مزايا الأعراف أيضاً . إذ ما تكاد الجماعة تشعر بأن فرداً من أفراد العرف قد أصبح يشل حركتها حتى تترك العمل به فيندثر تلقائياً ، وتفرز الجماعة غيره من الأعراف ما يكون : أكثر استجابة لحاجاتها وأقرب إلى روح عصرها .

وهكذا يتعاقب الهدم والإيجاد كلما اقتضت مصلحة الجماعة ذلك ، إذ يفترض أن الجماعة لا تبقى إلا على الأعراف الصالحة ، على أنه لا مفر من القول بأن صلاحية الأعراف هذه أمر نسبى ، أعنى أنها لا تكون بذات الدرجة من الصلاحية عند كل فرد ، من أفراد الجماعة فى جميع الأوقات ، بل لعل الصحيح أنها لا تخلو من تفاوت ، ومع ذلك فلا مناص من اعتبار التعامل دليلاً ، حتى ولو كان نسبياً على صلاح العرف وهذا فى الظاهر ، أما فى الحقيقة فإنه يجب - لكى يجزم بصلاح العرف - أن يخضع لأحد أمرين هما : الوحى أو إلى العقل الجمعى .

وخضوع الأعراف للوحى الإلهى يتمثل فى عدم مخالفتها لمبادئه ، وعدم تعارضها مع أهدافه ، وسواء تم

ذلك بالإقرار إبَّان نـزول ذلك الـوحى ، أو باتفـاقها مـع نصوصه إذا حدثت هذه الأعراف فى ما بعد .

أما خضوع الأعراف للعقل الجمعى فمعناه : أن توجد الأعراف أو تختفى بدون تدخل أو تَدَخّـل بدون أن تفـرض على الجماعة فرضا .

والعقل الجمعى هذا له صورتان ، الأولى هى : العقل الجمعى التلقائى أو العفوى وهو الذى لا يتسبب فى إيجاده أحد معروف .

أما الصورة الثانيـة فهى : ما يمكن أن نسميـه بالعقـل الجمعى المتعمد أو المثار وهو الذى ينتج عن تفاعل الجماعة استجابة لدعوة أحد أفرادها عند تبنيه لفكرة معينة .

وبـديهي أن الصورة الأولى إنمـا تـوجـد عندما تتـرك الجماعة وشأنها فى استحداث أو إلغاء أيِّ عرف أرادت ، وعنـدها يكـون التعامـل بـأي عـرف دليـلاً حقيقيـاً عـلى صلاحيته فى نطاق النسبية التى أشرنا إليها ، كما أن إبطال أيِّ عرف يكون دليلاً على فساده .

غير أن الجماعة قد لا تترك وشأنها ، بل قد ترغم أحياناً

على التعامل بأعراف غير ملائمة لها ، ويحصل هذا بطبيعة الحال نتيجة تدخُّل بعض العوامل ، وهى كثيرة ولعل من أخطرها : الغزو الخارجى ، الذى يأتى فى الغالب بأعراف جديدة يحاول بثَّها فى الجماعة المغلوبة ليقطع الصلة بينها وبين تقاليدها ، وكل ما تعتزُّ به من تراثها . . هذا فضلاً عن أن المغلوب ذاته يتعلق بالغالب ، ويحاول محاكاته ، كما يحصل بين الدول المتجاورة عندما تطمع إحداهما فى التغلُّب على الأخرى .

وهذا ما لاحظه ابن خلدون عندما تحدَّثَ عن تقليد الأندلسيين لأمم الجلالقة على حد تعبيره الذى جاء فيه : « فإنك تجدهم يتشبَّهون بهم فى ملابسهم وشاراتهم والكثير من عوائدهم وأحوالهم ، حتى فى رسم التماثيل على الجدران وفى المصانع والبيوت ، حتى لقد يشعر من ذلك الناظر بعين الحكمة أنه : من علامات الاستيلاء »[1] .

وإلى جانب الغزو الخارجى هناك : تسلُّط الحكام

---

(1) مقدمة ابن خلدون ص 147 .

وذوى النفوذ فى الجماعة الذين ينشئون أعرافاً جديدة ، أو يدافعون عن أعراف قديمة تحقق لهم هذه أو تلك مكاسب مادية أو معنوية ، وينتج عن كل ذلك حصول أحد أمور ثلاثة ، وهى : إمَّا أن تبقى الجماعة ترزح تحت أعراف جائرة ، وإمَّا أن يتصدَّى المصلحون من تلك الجماعة لمحاربتها وهدمها وإما أن يتدخل الوحى الإلهى لهدم هذه الأعراف .

غير أن هذا الأخير قد انتهى بنزول آخر وحى ، بعد أن واكب - هذا الوحى - تطوُّر العقل البشرى فى مسيرته الطويلة ، مرشداً إلى الخير وهادياً إلى الرقىِّ والتقدم حتى إذا بلغ هذا العقل درجة كبيرة من النضج أنزل الله على محمد ﷺ **﴿ اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا ﴾**[1] .

وحصول هذه الحالات الثلاث إنما تكون من لوازم ظروف ووقائع معينة ، حيث يتوقف حصول الصورة

(1) الآية رقم 4 من سورة المائدة .

الأولى على قوة نفـوذ القِلَّة المستفيدة من تلك الأعـراف ، وضعف وتخاذل الكثرة المغلوبة على أمرها . وأكثر ما يكون ذلك عند انخفاض مستوى تفكير الجماعـة وما ينتـج عن ذلك من التفكك والضعف العام .

أما الصورة الثانية، فإنها تحصل عندما يكون فى الجماعة أفراد لا ينطلي عليهم زيف الأعراف الفاسدة ولا أباطيـل الداعين لها ، ويكون لهم مع ذلك من القوة ما يمكنهم من محاربتها ، ويتوقف نجاحهم على مدى تأثيرهم فى الجماعة وتأثر الجماعة بهم ، فإذا استجابت لهم الجماعة وتفاعلت معهم حصل ما أسميناه بالعقل الجمعى المتعمَّد .

وأخيراً الصورة الثالثة ، التي كانت تحصل عندما تعجز الجماعة عن دفع الأعراف الجائرة ، ويشاء الله أن يكشف عنها هذا الكـابوس ، فيختـار من بينها من يكـون : أكثر قـدرة على تحمـل أعباء الـرسالـة وما تتـطلبه من صفـات الكمال البشرى ﴿ الله أعلم حيث يجعل رسالاته ﴾[1] ومن

---

(1) الآية 156 من سورة الأنعام .

ثم يتولّى ذلك النبيُّ : تطهير المجتمع ، بعرض ما يجده من الأعراف السائدة في المجتمع على شريعته ، فما وجده منها صالحاً : أبقاه ، وما وجده منها فاسداً : ألغاه وزرع فيهم بدلها أعرافاً صالحة وعادات خيِّرة ﴿ يأمرهم بالمعروف وينهاهم عن المنكر ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ﴾[1] فالدين بهذا الاعتبار « احتواء للعرف »[2] أو للصالح منه على الأصح .

وهذه الصور أو الحالات التى ذكرتها ليست من قبيل التزيُّد أو الخيال ، وإنما هى حقائق ووقائع تاريخية لا جدال فيها . فكم من مجتمعات قاست ـ وبعضها لا زال يقاسى ـ من الظلم نتيجة تقديس الأعراف والحفاظ عليها ، وكم تعرض المصلحون وما زال بعضهم وسيظل يتعرض لأذى الجبابرة وويلات المستفيدين من بقاء بعض الأعراف .

كثير من المجتمعات وكثير من المصلحين ذاقوا الأمرين

---

(1) الآية رقم 124 من سورة الأعراف .

(2) معمر القذافى : الكتاب الأخضر الفصل الأول .

بسبب وقوفهم ضد تزييف الحقائق وإضفاء القدسية على بعض الأعراف والأعمال المنافية للصالح العام .

* * *

ولعل من أهم الأسباب التى ساعدت على ذلك : عدم وجود ضوابط أو شروط للعرف فى تلك المجتمعات تضبط سيره فى الاتجاه الذى يحقق مصلحة الجماعة ويمنع حصول البلبلة حوله والاختلاف عليه ، وهذا نقص كبير تفادته الشريعة الإسلامية باشتراطها شروطاً للعرف سيأتى بيانها فى ما بعد .

غير أن هذه الشروط تصبح عديمة الفائدة إذا لم يكن هناك تصميم من الجماعة على إخضاع الأعراف لها ، لأنه بدون هذا التصميم تصبح هذه الشروط لا تساوى شيئاً إذ يظل الباب مفتوحاً أمام الوصوليين فيتمسكون بأعراف بالية إذا كانت فى صالحهم أو يحاولون بثّ أعراف أخرى من ذلك النوع . وهكذا يتوصّل المغرضون إلى تحقيق مآربهم عن طريق المغالطة .

على أن العرف ليس بدعاً فى هـذا إذ قد يتفق فى هـذه الناحية مع بعض الشرائـع والقوانـين فقد يتجـاوز الزمن بعض نصوصها وتصير غير ملائمة للجماعة ، فمن أجـل هذا يحاول المصلحون تطوير بعض الأعراف وهدم فاسدها والإبقاء على ما يصلح منها ، وينسخ الله عن طريق الرسل بعض أحكـام الشـرائـع التى لا تتنـاسب وتـطور الـزمن واختلاف الظروف ﴿ **ويضع عنهم إصرهم والأغلال التي كـانت عليهم** ﴾[1] ويتعـرض هؤلاء وأولئـك لـلأذى والمعاناة . .

* * *

فالرسل لم يحاربوا الأعراف لمجرد أنها أعراف ، كما أنهم لم ينسخـوا ما نسخـوا من أحكام الشـرائع التى وجـدوها تعصباً أو استكباراً ، بل فعلوا ذلك بأمر الله ، لأن ما نسخ منها لم يعد ملائماً للجماعة الحاضرة ، وذلك لفوات ما كان

---

(1) الآية رقم 157 من سورة الأعراف .

مراعى فيها وقت تشريعها نظراً لتغير الزمن وتقدم العقل البشرى ، فالكل منه لأن « حركة الزمن ، سنة من سنن الله ، وحركة التشريع ـ لملاقاة تلك الحركة ـ ، أمر من أمر الله »[1] .

على أن ما ينسخه الرسل من الشرائع قد لا يكون باقياً على أصله ، إذ كثيراً ما يتطرق التبديل والتحريف ـ عن قصد أو غير قصد ـ إلى كثير من الشرائع لعدة عوامل ، وما تواجد الرسل فى وقت واحد وتعاقبهم بعد ذلك ، ووجود النسخ داخل الشريعة الواحدة إلا دليل على ما قلناه ، وهو في الوقت نفسه : مراعاة من الله ـ على سبيل التفضل ـ للفوارق بين الأمم والجماعات ، واختلاف الظروف والأحوال .

وإذا كان النسخ للشرائع قد أوقف ، وإذا كان الله قد أراد أن تكون الشريعة الإسلامية هى الخاتمة لكل الشرائع السماوية فلا يعنى هذا اختلالاً فى مجرى العدالة الإلهية

---

(1) مجلة العربية العدد 222 مايو 1977 م . ص 18 .

وإنما يعني : الاكتفاء بهذه الشريعة ، وذلك لسببين :

الأول : أن هـذه الشريعـة قد زودت بجميـع عناصـر البقاء والخلود ، مما يجعلها صالحة للتطبيق فى كـل زمان ومكان ، باعتبارها الـرسالـة الأخيرة من الله لعبـاده ، أو (الطبعة الجديدة من كتابه إلى البشـر)[1] كما يقـول وحيد الدين خان . على جُرْأَتِهِ فى هذا التعبير .

فهي بلا شك : خلاصة شرائع الله السابقة ، مضـافاً إليها ما يتفق وتطور العقل البشرى ﴿ **مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ومهيمناً عليه** ﴾[2] ، ﴿ **شرع لكم من الدين ما وصى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه** ﴾[3] .

ومما امتازت به هذه الشـريعة عـلى غيرها ، اهتمامهـا بـالإنسان وقضـاياه ، فكـانت بحق « شريعـة إنسانية فى

---

(1) وحيد الدين خان / الإسلام يتحدى ص 193 .

(2) الآية رقم 50 من سورة المائدة .

(3) الآية رقم 13 من سورة الشورى .

صميمها ، تحترم الوجود الإنسانى ، وتلتقى بالناس فى أخص خصائصهم وتتعاطف معهم حتى يكون حسابهم عندها قائماً على طبيعتهم ، وما ركب فيهم من غرائز وما استقر فيهم من عواطف »[1] وبهذا ينتفى أىّ مبرر لمخالفتها ، إذ المخالفة لا تأتى إلا : نتيجة لوجود الحرج ، ولا حرج فى هذه الشريعة ﴿ **وما جعل عليكم فى الدين من حرج** ﴾[2] .

ومن هنا كان من المقطوع به كون هذه الشريعة أفضل الشرائع لاحتوائها على حسنات الشرائع السابقة ، وخلوها مما كان فى تلك الشرائع من المشاق المتمثلة فى صعوبة بعض التكاليف .

أما السبب الثاني :فإن النسخ فى الشرائع لا يكون إلا بواسطة الرسل بطبيعة الحال وهذا يقتضى توالى إرسالهم إلى يوم القيامة وفى هذا ما فيه ، ومن ذلك أنه يتضمن

---

(1) عبد الكريم الخطيب : التفسير القرآنى للقرآن .

(2) الآية الأخيرة من سورة الحج .

الوصايـة الكاملة عـلى العقل البشـرى الأمر الـذى يتنافى ومكانة العقل فى نظر الإسلام .

فهـذه الشريعـة لم تحترم جـوهر الإنسـان فقط ، وإنمـا احتـرمت ميولـه ورغبـاتـه أيضـاً متى كـانت هـذه الميـول والرغبات معقولة ، ولا يترتب عليها ضرر للغير ، لأن من قواعد هذه الشريعة أنه « لا ضرر ولا ضرار »[1] .

* * *

والأكثر من هذا أنها اهتمت بعاداته ، بل جعلت رعاية هذه العادات « أصلاً من أصولها العامة على شروط »[2] فى ذلك .

ومن هنا جاز لأحد الفضلاء أن يقول : « فما منع الإسلام قط معاملة بين الناس تنفعهم وتخلو من الضرر بهم والغبن

---

(1) السيوطى : الجامع الصغير بشرح المناوي ج 6 ص 431 .
(2) محمد الخضر حسين شيخ الأزهر : الشريعة الإسلامية صالحـة لكل زمان ومكان ص 197 .

على فريق منهم »[1] .

وخلاصة القول : إن التيسير والسماحة من الصفات البارزة للشريعة الإسلامية ، وهى فى الوقت نفسه من ميزاتها ومن ميزاتها الكثيرة فهى « رفيقة بالناس رحيمة بهم ، ليس فيها ما يعنتهم أو ينكل بهم ، لأنها لم تجىء إليهم نكالاً وانتقاماً وإنما جاءت إليهم رحمة وإحساناً »[2] . ﴿ ذلك تخفيف من ربكم ورحمة ﴾[3] .

وحسبك أنها جعلت التكاليف حسب القدرة ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾[4] ولعل من الغريب حقاً أن تحيل تفسير الوسع هذا على ما يتعارفه الناس ، فكادت بذلك تجعل التشريع ـ فى ما يخص بعض المعاملات ـ فى أيدى الناس ، أو قل : إنها أشركتهم فيه وهذا ما جعلها

---

(1) عباس العقاد : حقائق الإسلام وأباطيل خصومه المجلد الخامس من الإسلاميات ص 121 .

(2) عبد الكريم الخطيب : التفسير القرآنى سورة الأعراف .

(3) الآية رقم 178 من سورة البقرة .

(4) آخر آية من سورة البقرة .

مرغوباً فيها دون غيرها من الشرائع ، حتى إنها كانت تنتشر ذاتياً وبدون أية دعوة أو دعاية لها ، ولم يعتنقها أحد وتخلى عنها بمحض إرادته بل كان معتنقوها يفضلون العذاب والتحريق والصلب وكل صنوف المحن على تركها إذا ما تعرضوا لذلك .

وحسبك أن يبقى مسلموا الأندلس أكثر من مائتى سنة وهم متمسكون بها سراً بعد القضاء على الحكم الإسلامى فى الأندلس ، رغم قسوة محاكم التفتيش الشهيرة فى التاريخ ، التى كانت تحكم بحرق كل من يوجد يتكلم اللغة العربية أو حتى يغنى الغناء العربى فضلاً عن ممارسة الشعائر الدينية الإسلامية[1] .

ليس هذا فحسب بل إن الشريعة الإسلامية ـ رغم ضعف جانب المسلمين منذ قرون طويلة ـ كانت نهاية المطاف لكل مفكر حر [2] أتيحت له فرصة الاطلاع عليها ،

---

(1) محمد عبد الله عنان : نهاية الأندلس ص 409 ط 1966 م .

(2) هم أكثر من أن يحصوا ولعل أبرز واحد أسلم حديثاً هو المفكر الفرنسى جارودى .

وتمكن من دراستهـا وفهمها ، وذلـك لما فيهـا من الثـراء الفكرى الذى يتلاءم مع مختلف العقـول والأفكار.

ويكفى دلالة على تقدم هذه الشريعة فكرياً وعقلياً أنه ما من باحث نزيه فى أى مجال من مجالات الفكـر، بدايـة بالعقيدة، ومروراً بالاقتصاد، وانتهاءً بالأخلاق والقانون ، إلا ووصل فى بحثه ـ ولو فى جانب منه ـ إلى ما جـاءت به هذه الشريعة.

ولو أخذنا الجانب القانونى كمثال على صدق ما قلناه ، فإننا نرى أن أغلب المذاهب الحديثة فى القانون ونظرياتـه تلتقى بهذه الشريعة ولو فى جانب من جوانبها .

ففى قضيـة الأسـاس الملزم للقـانـون ، نجـد أن « ديجى »[1] يتفق أو يقتـرب مع مـا قرره فقهـاء الشريعـة الإسـلاميـة ، من حيث إن كـلاً من ديجى والفقـهـاء الإسـلاميـين يعتبـرون القـانـون فكـرة مستقلة عن فكـرة

---

(1) فقيه فرنسى مشهور.

الدولة ، إذ هـو سابق عليهـا بل ويعلوهـا . كذلـك فإن المدرسة النمساوية تنسجم مع ما قرره فقهاء الإسلام ، إذا فهمنا القاعدة الأساسية التي تستمد منها القواعـد الأخرى قوتها الإلزامية على أنها : سيادة الله وسلطان وحيه .

وأخيراً نجد أنصار القانون الطبيعي يتفقون مع فقهـاء الإسـلام ، حيث إنهم يفهمون القـانون عـلى أنه : معنى أبدي[1] علوى . وهكذا نرى : أن ما تفرق فى غير هـذه الشريعة اجتمع فيها ، وما اجتمع فيها لم ولن يبلغه البشـر حتى ﴿ **ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً** ﴾[2] .

* * *

وعليـه فإنني أرى أنـه من الأفضل أن نجتهـد في تبيين سماحة هذه الشريعة ، ونقدمها للناس على أنها : رحمة من الله مهـداة إليهم جميعـاً ﴿ ومـا أرسلنـاك إلا رحمـةً

---

(1) دكتـورالغنيمى : قـانون السـلام ص 146 ط 1970 م ونقلنـا عنـه بتصرف .

(2) الآية رقم 88 من سورة الإسراء .

للعالمين ﴾[1] فنحقق بذلك هدفين : هداية غير المسلمين إلى الإسلام ، وامتثال قول رسول الله ﷺ « يسّروا ولا تعسّروا وبشّروا ولا تنفّروا »[2] .

* * *

ولقد فهم السلف الصالح من هذه الأمة مقاصد الشريعة ، وما فيها من السماحة واليسر فانعكس هذا على سلوكهم فتعوّدوا « من اللحظة الأولى أن يوسّعوا أكناف الإسلام لكل ما فى هذا العالم الشاسع من عرف وعادة ، ومن شعائر ومراسم ، وأصبح العالم الإسلامى مرادفاً عندهم للعالم الإنسانى عند النظر إلى اختلاف الظواهر والأشكال »[3] .

* * *

---

(1) الآية رقم 107 من سورة الأنبياء .

(2) السيوطى : الجامع الصغير بشرح المناوى ج 6 ص 461 . ط 1938 م .

(3) عباس العقاد : المجلد الخامس من العبقريات الإسلامية ص 420 ط 1974 م .

ومجمل القول إن السلف الصالح قد ألهموا رشدهم وفهموا مقاصد شريعة ربهم فاستنبطوا من مجموع النصوص ، قواعد عامة جسَّدت بعض مظاهر التوسعة فى هذه الشريعة فأصبحت تلك القواعد ، أصولاً تحكم فروعاً فى كل ما يتعلق بحياة المسلم من أوجه التعاون والمعاملات .

فمن هذه القواعد : رعاية المصلحة ومراعاة الضرورة ورفع الحرج ، واعتبار العرف والعادة وهو المقصود بهذا البحث ، ومن ثم سنقصر الكلام عليه إلا إذا دعت إلى غيره ضرورة .

والكلام عن العرف متعدد الجوانب ، وسنتعرض بإذن الله إلى ما أمكن من هذه الجوانب بعد الفراغ من هذا التمهيد ، الذى لم يبق فيه إلا الإشارة إلى نقطتين .

الأولى : علاقة العرف بغيره من المصادر التبعية الأخرى ، **والثانية** : عن دور العرف فى مجال القانون الدولى .

* * *

علاقة العرف بغيره من المصادر

أما الكتاب والسنة فعلاقته بهما : علاقة تأصيل ، حيث إنه يستمد حجّيته منهما على ما سنبينه فيما بعد .

وأما علاقته بالمصادر التبعية ، فتختلف من مصدر لآخر ، وسنوجز أهم نقاط هذا اللقاء بينها وبينه أو بالأصح هذه المقارنة . وأول ما يلاحظ هنا بصفة عامة أن العرف يلتقى بهذه المصادر في عدم الاتفاق عليها بإجماع كمصادر للفقه الإسلامى ، غير أن هذا لا يعنى أنها تتفق فى الرتبة ، أو فى عدد القائلين بحجية كل منها . فمما لا شك فيه أن القائلين بحجية الإجماع والقياس : أكثر من القائلين بحجية باقى المصادر التبعية الأخرى ، رغم أن الاستدلال على حجيتهما ليس بأسهل من الاستدلال على حجية العرف .

ومن المعلوم أن الإجماع أقوى المصادر التبعية عند أغلب الأصوليين ، ومع ذلك فإن أدلة[1] القائلين بعدم حجية

---

(1) يكفى أن تطلع على ما قاله ابن حزم فى الأحكام جـ 4 ص495 وكتاب ابن تيمية للشيخ أبى زهرة ص470 .

الإجماع - فى بعض صوره على الأقل - قد لا تقل قـوة عن الأدلة المحتج بها على مصدريته ، نـاهيك عن انقيـاس . ومن هنا يمكن القول بأن : **الإجماع : يفتقر إلى الإجماع .**

ومهما يكن من أمر فإن ملخص القول فى الإجماع : إنه مختلف على حجيته ، والقائلون بحجيته اختلفوا فى إمكان وقـوعه ، والقـائلون بـإمكـان وقـوعـه اختلفـوا فى بعض أقسامه . ناهيك عما روى من تحفظ كبار الأئمة نحوه .

أما القياس فإن رتبته تقل عن العرف ، حيث إن بعض الأصوليين كثيراً ما يقدمون العرف عنه ، وهذا يدل عـلى أن العرف أقوى من القياس، هذا فضلاً عن الشروط اللازمة للعمـل بالقيـاس التى تجعـل من العمـل بـه أمـراً صعبـاً للغـاية ، صحيـح أن للعرف شـروطاً ولكن أين هى من شـروط القيـاس التى ربمـا تجـاوز بهـا البعض : عشـرين شرطاً[1] .

---

(1) أنظر كشف الأسرار شرح أصول البزدوى ج 2 ص 97 ، ح 4 ص 10 وحجية القياس للدكتور عمر مولود ص 98 وما بعدها وشاكر الحنبلى أصول الفقه الإسلامى ص 30 .

أما الاستحسان فـإن العرف أقـوى منه بكـل تأكيـد ، كيف لا والاستحسان نفسه يتـوقف على العـرف فهو كـما يعلم الجميـع إنما يـأتى فى بعض صوره عنـدمـا يتعـارض القياس مع العرف .

والكلام نفسه يقال عن الاستصحاب ، فإنه يعتمد فى أحكامه على العرف هـو أيضاً وهـذا ما يفهم من تعـريف الاستصحاب ذاته ، حيث إنه يعنى : استدامة ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً . قال ابن القيم : إن الاستصحـاب من أضعف الأدلـة [1] ثم إن الاستصحاب لا يثبت حكـماً جديداً عكس العرف .

بقيت المصلحـة وهى تلتقى بالعـرف فى أن العمل بـه يحقق المصلحـة ، حتى لقد أرجـع بعضهم[2] اعتباره عـلى هذا الأساس .

---

(1) ابن القيم : أعلام الموقعين ج 2 ص 80 ط الطباعة الفنية 1968 م .

(2) انظر العرف والعادة فى رأى الفقهاء للشيـخ أبى سنة والمصلحـة فى التشريع لمصطفى زيد ص 60 ومحمد سعيد البوطى ضوابط المصلحة ص 202 .

أما من حيث الحجية فيقول عسوى أحمد عسوى فى هذا الشأن : « إذا كان العرف يترجح على القياس الذى يستند إلى نص تشريعى غير مباشر فهذا يدل على أنه يترجح على الاستصلاح الذى لا يستند إلى نص بل إلى مجرد المصلحة الزمنية »[1].

* * *

دور العرف فى المجتمعات الحديثة :

لا شك أن العرف فى المجتمعات الحديثة قد فقد بعض أهميته التى كانت له قديماً وذلك بسبب احتلال القوانين والتشريعات : الرتبة الأولى من الاهتمام رسمياً ، ولكن رغم هذا التقديم الرسمى فإن « حلول القانون محل التقاليد لم يكتمل فى يوم من الأيام وستظل الأعراف حتى النهاية هى : القوة الكامنة وراء القوانين . . »[2] .

---

(1) عسوى أحمد عسوى : أصول الفقه الإسلامى ص 226 .

(2) ويل ديورانت : قصة الحضارة ج 1 ص 50 وانظر قوانين التقليد لمؤلفه جبريل تارد .

هذا على المستوى الرسمى ، أما على المستوى الشعبى أو العاطفى فإن نظرة الناس إلى العرف تختلف عن نظرتها إلى القانون حيث إنهم يحترمون العرف ويخالفون القانون حتى « إنك إذا تجاوزت حدود القانون فقد كسبت إعجاب نصف الناس الذين يحسدون فى أعماق نفوسهم كل من يستطيع أن يتغلب بذكائه على هذا العدو القديم ، أما إذا تجاوزت حدود التقاليد فأنت قمين أن تصطدم بمقت الجميع »[1] مهما قيل عن تبرير تقديم القوانين على الأعراف . على أن أهم مجال للعرف على المستوى العالمى ، إنما يتجلى فى القانون الدولى العام ، إذ كان ولا يزال هذا القانون يستمد قواعده من الأعراف الدولية .

يقول الدكتور أبو هيف : « العرف هو أكبر مصادر القانون الدولى العام وأغزرها مادة ، فأغلب القواعد الدولية ذات الصفة العالمية تثبت بواسطة العرف »[2] .

وقال الدكتور محسن الشيشكلى : « إن العرف : مصدر

---

(1) ويل ديورانت ،قصة الحضارة ج1ص50 وانظر قوانين التقليد لمؤلفه جبريل تارد .

(2) دكتور صادق أبو هيف : القانون الدولى ص 24 ط 1972 .

أساسى أصلى من مصـــادر قواعد القانـون الدولى العـام ، وهو على كل أقدم المصادر وأسبقها إلى الوجود » .

وعندما حـاول فقهاء القـانون الـدولى من الإسلاميـين تعـريف هذا القـانون : أدخلوا العـرف وما جـرى عليـه العمل الإسلامى .

يقول أرمنازى فى تعريفه لهذا القانـون : إنه « مجمـوع القواعد التى فرضها العرف على المسلمـين خاصـة لتنظيم علاقتهم بغير المسلمين فى الحرب والسلم »[1] .

أمـا حميد الله فيصف القـانون الـدولي الإسلامى بـأنه « الشطر من القانون والأعراف والالتزامات التعاقدية التى تراعيها الدولة الإسلامية الواقعية أو القانونية »[2] .

وما احتواه هذان التعريفان يتفق فى مضمونه مع ما ذكره محمـد بن الحسن الشيبانى تحت مبـدأ المجازاة بـالمثل ، أو يقرب منه .

---

(1) دكتور محسن الشيشكلى : الوسيط فى القانون الدولى العـام ص 146 ط 1973 م .

(2) الغنيمى : قانون السلام ص 36, 37 ط 1970 م .

قال ابن الحسن : « . . . إذ الأمر بيننا وبين الكفار مبني على المجازاة ، حتى إنهم إذا كانوا يأخذون منا الخمس ، أخذنا منهم الخمس ، وإذا كانوا يأخذون منا نصف العشر ، أخذنا منهم نصف العشر . . . »[1] .

وبعد ، فهذه كلمة وجيزة عن العرف وملازمته للجماعة جعلناها توطئة لما هو أهم وأعم منها مما يدخل فى تفصيلات دقائق العرف وما ينبني عليه من الأحكام .

فما هو العرف لغة واصطلاحاً ، وكيف ينشأ وما هو سبب نشوئه واختفائه ، وما هى أقسامه وشروطه ، وهل له دليل من الكتاب والسنة ، وما هو أثره فى التشريع الإسلامى بصفة عامة ؟ إلى غير ذلك من الجوانب التى يمكن أن يتطرق إليها هذا البحث .

هذا ما سنتولى الإجابة عنه قدر الإمكان فى الفصول الآتية بإذن الله .

---

(1) محمد بن الحسن الشيبانى : السير الكبير ج 5 ص 2134 ط شركة الإعلانات الشرقية 1972 م .



الفصل الأول

في بُنيةِ العُرف والعادة

ويتضمن الحديث عن:

النّشأة، والمصادِر، والتعريف والتقسيم

نشأة العُرف ودواعيه

من خصائص الإنسان البارزة ، ومن صفاته الواضحة تطويره المستمر لأساليب حياته اليـومية ، وتنقله من حـالة إلى حالة ، ومن كيفية إلى أخرى فى كل ما يتعلق بحيـاته اليومية ، وما تتطلبه تلك الحياة من أنـواع النشاط وأنمـاط السلوك .

وطبيعى أن هـذا التطور أو التـطوير إنمـا هو نتيجـة لتجـدد تفكـير الإنســان المستمـر ، وسعيــه الـدائم إلى الأفضـل . الأمـر الــذى جعله يكتشف من وقت لآخـر أساليب جديدة ليستعملها فى حياته . فإذا برهنت التجربة على صحة ما اعتقده فى هذه الأساليب المكتشفة ، وحققت له ما توخاه منها دأب على ممارستها حتى تصـير له عـادة ، وعن طريق التقليد تتركز تلك العادة وتنتشر إذ « للتقليـد

دوره فى تركيز ونشر العادات »[1] .

فإذا جد من الظروف ما جعل الإنسان يشعر بأن جزءاً ما من نظام حياته قد أصبح ثقيلاً عليه ، أو يحول دون ممارسة ما يراه الأنسب ، ترك هذا الجزء أو حوَّره وأدخل عليه ما يجعله منسجماً ومتلائماً مع الواقع الجديد . فالعرف : وليد الحاجة وملازم للحياة أو هو صورة منها إذ كلما « . . . تغيرت ظروف الجماعة نجد العرف يتحوَّر تلقائياً تحوُّراً يتمشى مع الظروف الجديدة ، فهو كما يقول « اهرينق » يُكَوِّنُ مع الحياة وحدة يتغير بتغيرها ويزول بزوالها»[2] .

ومن هنا كانت صلاحية الأنظمة منوطة بما فيها من عناصر الحياة ويخضع انتشارها لما فيها من السعة وملاءمة حياة المجتمعات . فالأعراف إذن « إنما توجد غالباً تبعاً

---

(1) محمد أبو الأجفان : العرف فى المذهب المالكى / كتاب ملتقى الإمام ابن عرفة ص 351 ط 1977 م وانظر فى هذا : قوانين التقليد لتارد .

(2) الدكتر / عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية القانون ص 179 ط 1966 م .

لقيام ظروف خاصة تقتضيها ، وذلك نتيجة لتغير فى أوضاع الحياة الاقتصادية أو اتصال بجماعات أخرى من الشعوب »[1] .

وعلى الجملة « فإن العرف وإن كان ـ يصدر ـ عن الميل من جهة العقل إلا أنه تختلف نوازعه وتتعدد دوافعه »[2] .

ومن الواضح والمهم أن خطوات تكوُّن أو تكوين العرف واندثاره إنما تتم فى عفوية تامة فى الغالب ، إذ ينشأ العرف آلياً وينتشر ذاتياً ويفرض احترامه على معتنقيه دونما استعانة بحاكم أو قانون .

ذلك لأن العرف يتكون من ضمير الجماعة بطريقة غير محسوسة « شأنه فى ذلك شأن اللغة والأخلاق وغيرها من العادات والأمور التى يخلقها المجتمع لنفسه بنفسه »[3].

---

(1) محمد معروف الدواليبى : المدخل إلى تاريخ القانون العام ص 315 ط 1941 م .

(2) أحمد فهمى أبو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 16 ط 1941 م .

(3) المستشار / علي علي منصور : المدخل للعلوم القانونية ص 97 ط 1971 م .

يقول الأستاذ مصطفى الزرقا فى المدخل الفقهى العام 2 - 833 « إذا مال الإنسان إلى فعل شىء وارتاح إليه ، وكرره أصبح بالتكرير عادة له ،فإذا حاكاه فيه غيره - بدافع حب التقليد - وتكررت هذه المحاكاة وانتشرت بين معظم الأفراد تكوَّن عندئذ بها العرف الذى هو فى الحقيقة عادة الجماعة وكما يجرى ذلك فى الأفعال يجرى فى الأقوال » .

ومن أفضل الأمثلة على تكوين أو نشوء العرف منذ بدايته إلى استقراره وانتشاره ، هو ما نقله الدكتور الغنيمى فى هامش كتابه الأحكام العامة فى قانون الأمم / قانون السلام ص 373 عن بعض فقهاء القانون ونصه « شُبِّه تكوين العرف بالتكوين التدريجى لطريق عبر أرض غير ممهَّدة . ذلك أننا نشاهد فى البداية آثاراً متفرقة متعددة تكاد علاماتها لا تظهر فى الأرض ، ثم تبدأ فى التجمع عند مسلك تهدى إليه أسباب من المناسبة والمصلحة . ويتكرر سلوك ذات الطريق ، فيظهر درب وحيد يسلكه بعد كل من يريد عبور المكان ، دون أن

نستطيع تحديد لحظة معينة لنشوء هذا الدرب صالحاً للعبور » .

ولقد أضاف بعضهم ملاحظة تكمِّل فى رأيه هذا التشبيه قال فيها : « إن عابرى الطريق بينهم من تكون آثاره فى الأرض أعمق من غيره بسبب ثقل الوزن ، أو لأن هناك مصلحة تدعوه إلى تكرار سلوك الطريق »[1] .

ولعل هذه الملاحظة إنما تصدق بشكل أوضح على الأعراف التي تصدر عن حاكم أو ما يشاكله من ذوى النفوذ ، ولكن مهما يكن فإن هذه الآثار لا تلبث فى الغالب أن تختفى بسبب كثرة السير وازدحام الطريق مهما كان شأن بادئه ، وسواء أكان خفيف الوزن أو ثقيله . وهذا الكلام يجرنا بدوره إلى الحديث عن مصادر العرف وأنواعها .

---

(1) الغنيمى قانون السلام هامش ص 373 ط 1970 م .

تعدّد مصادر الأعراف

ما ذكرناه آنفاً حول أصل ونشوء الأعراف والعادات هو الغالب ، ومن غير الغالب وفى مجالات معينة قد يصدر العرف عن ذى سلطة كالحاكم والقاضى ومن يشابههما . ويؤيد هذا ما نجده فى كتب التاريخ وتراجم الأشخاص ـ وخاصة القضاة ـ من قول المؤرخين : وهو أول من أحدث هذا وصار عليه العمل من بعده . وأكثر ما يكون هذا فى النواحى الإجرائية والشكلية مما استحدثه منها كبار القضاة أمثال القاضى شُريح وإياس بن معاوية وسحنون ، وغيرهم كما سيجىء عنهم بعد قليل .

ويمكن أن يمثل لهذا النوع من الأعراف ـ وإن كان يجل عنه ـ بما فعله الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ، من إحداث الدواوين وغيرها مما يصعب حصره حتى قال عنه

أبو الدرداء : « رب سنة راشدة مهدية قد سنها عمر فى أمة رسول الله »[1] .

ولعل من المهم والطريف أيضاً أن نشير إلى ما سنه عمر فى مجال التعليم الذى كان غير منظم إلى أن جاء عمر إلى الخلافة فأمر « . . ببناء بيوت المكاتب ونصب الرجال لتعليم الصبيان وتأديبهم ، وكانوا يسردون القراءة فى الأسبوعٍ كله ـ بدون انقطاع ـ فلما فتح عمر الشام ورجع قافلاً إلى المدينة : تلقاه أهلها ومعهم الصبيان وكان اليوم الذى لاقوه فيه يوم : الأربعاء ، فظلوا معه عشية الأربعاء ويوم الخميس وصدر يوم الجمعة . فجعل ذلك لصبيان المكاتب ، وأوجب لهم سنة للاستراحة . . ثم اقتدى به السلف فى الاستراحات المشروعة إلى يومنا هذا . . . »[2]

(1) القاسم بن سلام : كتاب الأموال ص 315 وانظر كتاب : أخبار عمر لعلي الطنطاوى ص 213 تجد به أكثر من ثلاثين قضية من القضايا التى أحدثها عمر رضى الله عنه .

(2) عبد الحى الكتانى : نظام الحكومة النبوية . ج 2 ص 294 الناشر حسن جعدا .

ومن الأعراف التى صدرت فى الأصل عن حاكم ، أو كانت بسببه : اعتياد الناس لبس الثياب السوداء ، وإقبالهم على اللون الأسود ، وذلك بعد اتخاذ العباسيين هذا اللون شعاراً لدولتهم . وكان من نتائج ذلك اختلاف بعض الأحكام[1] فى بعض القضايا تبعاً لذلك . كما سيتضح في حينه .

ولعل من أشهر الأعراف التى صدرت فى الأصل عن حاكم سياسى وكتب لها البقاء هو : ما أحدثه الفاطميون من الاحتفال بعيد المولد النبوي الشريف ، إلى جانب الأعياد الدينية الأخرى .

فلقد « اهتم الفاطميون بالاحتفال بالأعياد الدينية فى شىء كثير من الأبهة والعظمة »[2] قال أبو الحسن النباهى في كتابه (تاريخ قضاة الأندلس) ص 162 على لسان أحد القضاة : « إن الأمير أبا يحيى استحضره مع الجملة من صدور الفقهاء للمبيت بدار الخلافة ، والمثول بين يديه

---

(1) القرنشاوى وآخرين : الموجز فى أصول الفقه ص 283 .

(2) الدكتور جمال الدين سرور : الدولة الفاطمية فى مصر ص 163 .

ليلة الميلاد الشريف النبوى ، إذ كان قد أراد إقامة رسمه على العادة الدربية من الاحتفال في الأطعمة وتزيين المحل بحضور الأشراف ، وتخير القوالين للأشعار المقرونة بالأصوات المطربة » .

هذه بعض الأمثلة على الأعراف السياسية ، أما الأعراف القضائية فلعلها أكثر من الأولى ، خاصة إذا اعتبرنا منها ما كان يصدر عن كبار القضاة فى مجال القضاء وتنظيمه وتعدد أنواعه ودرجاته ، من حيث الاختصاص القيمى والفنى والمكانى ، وما يتعلق بذلك من الإجراءات والتنظيم .

فلقد كان سحنون بعد أن تولى منصب قاضى القضاة ، أول من اتخذ صاحب المظالم الظالم وهو ما يعرف بالقضاء المستعجل في الوقت الحاضر أو هو شبيه به وكذلك فعل في الاختصاص القيمي حيث كلف « حبيب ابن نصر بن سهل ليحكم بين الناس فى الأسواق ، وأذن له أن يحكم فيها لا يتجاوز قيمته : عشرين ديناراً »[1] .

(1) انظر معالم الإيمان لعبد الرحمن الدباغ ، تحقيق الدكتور أبو النور =

ويبدو أن القضاء المستعجل ـ كما أسميناه ـ كان متعدد الدرجات ففى الوقت الذى نجد سحنون يأذن لحبيب بن نصر فى الحكم بين الناس ويقيده بما لا يتجاوز عشرين ديناراً ، نجد عيسى بن مسكين يولى سليمان القطان مظالم القيروان ، ويأذن له فى النظر والحكم إلى ما يبلغ مائة دينار[1] .

أما ما استحدث فى الجوانب الإجرائية ، فيكفى أن نذكر ما أورده السرخسى فى المبسوط حول تزكية الشهود الذى أحدثه شريح القاضى . قال السرخسى : « وقد كانت التزكية فى الابتداء علانية ، ثم أحدث شريح ـ رحمه الله ـ تزكية السرِّ ، فقيل له : أحدثت يا أبا أمية فقال : أحدثتم فأحدثنا فجمع شريح بين تزكية السرِّ وتزكية العلانية »[2] .

ونلاحظ أنه طرأ على قضية التزكية هذه بعض التغيير ، إذ قد تطور العرف مرة أخرى وتركوا تزكية العلانية ـ التى

= ج 2 ص 199، 207 ط الدجوى 1972 م .

(1) المصدر السابق

(2) السرخسي في المبسوط ج 16 ص 91 ط دار المعرفة د/ت .

هى الأصل - واقتصروا على ما أحدثه شريح ، وهو تزكية السرٍّ . قال السرخسى : « غير أن القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر »[1] .

ثم نشير إلى ما فعله القاضى عبد الرحمن بن معاوية قاضى مصر فى أموال اليتامى « حيث حصرها وشهرها وجعلها على أيدى عرفاء القبائل فجرى الأمر على ذلك من بعده »[2] .

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن القضاء الإسلامى قد عرف الخبرة واستعان بها فى الوصول إلى الحق ، ويبدو أن ذلك كان متأخراً بعض الشيء وهو ما يمكن أن نفهمه من نص ورد فى كتاب (أخبار القضاة) لوكيع ج 2 ص 55 ونصه « وذكروا أن عمر بن عامر نوزع إليه فى جارية ليس على ركبتها ـ أو لعلها رقبتها ـ شعر ، فثقل بها ولم يدر ما يحكم به ، ثم قال : يسأل عن ذلك أصحاب الرقيق ، فإن كان غشاً عندهم رُدَّت به » . وجاء فى هذا الكتاب أيضاً :

---

(1) المصدر السابق .

(2) محمد بن يوسف الكندي : كتاب الولاة وكتاب القضاة ص 325 ط 1908 .

« ويقال إن سوار قال : كل أمر خالف أمر العامة فهو عيب يرد به » .

فأفاد قوله : فثقل بها ولم يدر ما يحكم به ، أن اللجوء إلى الاحتكام إلى الخبرة كان قليلاً . غير أن هذا يشكل عليه ما سيأتى من أن شريحاً أقرَّ الغزالين على الاحتكام إلى سنتهم التى كانت سائدة بينهم عندما اختصموا إليه ، ومعلوم تقدم شريح علماً وزماناً على عمر بن عامر هذا .

ويضاف إلى ما تقدم ذكره ما يستنبطه كبار القضاة من القرائن القضائية وما يتوصلون إليه من الحلول ، مما يكوِّن ثروة هائلة يستعين بها من جاء بعدهم من القضاة ، فيتخذونها أدلة ترجيح ووسائل لحسم الخلاف ، إذا كانت تلك القرائن أو السوابق القضائية ذات طابع تنظيمي ، أو كانت مطابقة لتلك النوازل في الخصائص والظروف .

هذه كلمة عامة عن نشأة ومصادر العرف من حيث الواقع ، ومنها يتبين أن أكثر العادات والأعراف إنما تنشأ وتختفى فى عفوية وسرية تامتين .

غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض الأعراف الصادرة عن أشخاص معروفين ولكن هل لمصدر العرف من أثر على قوته أو انتشاره ؟ .

العرف بحيويته لا بأصله :

رأينا أن العرف قد تتعدد مصادره ، ولكن أيّاً كان مصدر العرف فرداً أو جماعة ، حاكماً أو محكوماً ، معروفاً أو غير معروف . فإنه لا أثر لهذا الأصل بالنسبة للعمل به ، حيث إن الجماعة تتعلق بالعرف إذا رضيته وتلتزم به غير ناظرة إلى أصله ، بل يبقى العرف مجهول الهوية أو متجاهلها منظوراً إليه فقط من زاوية ملاءمته للجماعة وشعورهم نحوه . حتى إذا طرأ من الظروف ما يخل بهذه الملاءمة ، تركته الجماعة بالطريقة التى أوجدته بها . وهذا هو الغالب كما سبق أن ذكرنا منذ قليل .

وكما يحصل أن يصدر العرف عن شخص معروف ـ ولو كان هذا قليلاً ـ فإنه قد يحصل أن يمنع العمل بالعرف شخص معروف أيضاً كالحاكم ومن فى معناه ، لسبب أو

لآخر ، كما فعل الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز[1] فى بعض الأعراف التى وجدها سارية قبله ، والتى منها : إبطاله لمراسم تولى الإمارة نزاهة منه وتواضعاً لله عز وجل .

وعلى ضوء ما تقدم فإنه يمكن القول : إن العرف ـ فى الغالب ـ يوجد بفعل وتفاعل الجماعة بإرادتها ووفق رغبتها ، لتلبية حاجاتها وإصلاح أنظمة حياتها ، يتجدد بتجدد حاجات الناس ويذهب بذهابها . وهذه الميزة هى التى جعلته ملازماً للجماعات البشرية على اختلاف أنواعها وتباين أوضاعها كما تقدم فى التمهيد .

وبهذا ننهى الكلام عن نشأة العرف ومصادره ، وننتقل بالحديث إلى تعريفه وتقسيمه وشروطه ، ثم نتحدث عن العادة لنبين أنها لا تختلف عن العرف من حيث الأثر المترتب على كل منهما على الأقل عند أغلب فقهاء

---

(1) ابن كثير : البداية والنهاية ج 9 ص 183 ط مكتبة المعارف بيروت 1974 م .

الشريعة ، على أن نتوسع فى الحديث ليشمل القرائن العرفية التى تتداخل هى الأخرى مع العرف حتى إنه يصعب التفريق بينهما أحياناً . ونبدأ بتعريف العرف فى اللغة .

معنى العُرف فى اللغه

العرف فى اللغة له معان كثيرة ، تتراوح بين ما هو ظاهر معروف وبين ما تسكن إليه النفس وتأنس به .

فهذا ابن فارس يرى أن لكلمة « عرف » أصلين صحيحين يدل أحدهما على تتابع الشىء متصلاً بعضه وراء بعض ، ويدل الآخر على السكون والطمأنينة ومثّل للنوع الأول بعرف الفرس قال : « وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه . ويقال : جاء القطا عرفاً عرفاً ، أي بعضه خلف بعض »[1] .

وفي لسان العرب « . . . والعرف والعارفة والمعروف : واحد ضد المنكر ، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ

---

(1) انظر معجم مقاييس اللغة لابن فارس ج 4 ص 281 ط 1970 م .

به وتطمئن إليه »[1] .

على أن الجدير بالذكر أن ابن منظور أتى بملاحظة كاد يجمع فيها بين معانى العرف فى اللغة والاصطلاح ونعنى بذلك قوله : « وقد تكرر ذكر المعروف فى الحديث ، وهو اسم جامع لكل ما عرف من طاعة الله . والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسِّنات والمقبحات ، وهو من الصفات الغالبة . أى أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه »[2] .

وبملاحظة هذا يتبين أن معظم معانى العرف فى اللغة متقاربة وتكاد تلتقى فى مجرى واحد ، غير أن كلًّا من الصفات الغالبة والتتابع وما تطمئن إليه النفس أقرب إلى معانى العرف فى الاصطلاح أو عند الأصوليين ، حيث إن العرف عندهم لا يعدو أن يكون تتابع عمل الجماعات وفق نظام معين .

---

(1) (2) ابن منظور : لسان العرب ج 9 ص 239 وما بعدها . ط 1955 م .

معنى العرف فى الاصطلاح :

هناك تقارب وتشابه واضحان بين التعـريفات التى أتى بها الأصوليون ومن كتبوا فى تاريخ التشريع من المحـدثين ممن اطلعنا على تعريفاتهم للعرف ، لذلك سنكتفي بذكـر بعض هذه التعريفات ثم نحاول بدورنا اختيـار تعريف للعرف يكون أقرب إلى واقعه وأصدق فى التعبير عنه .

قال السيد الجرجانى فى كتاب التعريفات : « العرف : ما استقرت النفوس « عليه » بشهادةالعقول، وتلقته الطبائع بالقبول ، وكذا العادة . . . »[1] .

وتواتر أخيراً نقل تعريف النسفى للعرف حتى إنك قل ما تجد أحداً تعرض للعرف إلا ونقل هذا التعريف وهو : « العـرف والعادة مـا استقر في النفـوس من جهة العقـول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول »[2] .

---

(1) الجـرجانى : التعـريفات ص 154 ط بيـروت والنسخة التي بـأيدينـا سقطت منها كلمة « عليه » .

(2) نقلنا هذا التعريف عن كتاب العرف والعادة فى رأى الفقهاء للشيخ أبي سنة .

ومن الواضح أن هـذين التـعرفـين متقاربـان غير أن النسفى جمـع فى تعريفـه هذا بـين العرف والعـادة ، بينما السيد الجرجانى عرّف العرف أولاً ثم عطف العادة عليه .

كذلك فإن النسفى أورد قيداً على الطبائع ولم يقـل بها بـإطلاق كـما فعل سلفـه ، وإنما اشتـرط أن تكـون هـذه الطبائع سليمة ولم يصبها أى انحراف وهذا القيد قرب العرف ـ على ما أرى ـ من نظرة الشريعة الإسلامية للعرف بـاعتبار أن الـطبيعة السليمـة هي ﴿ فـطرة الله التي فـطر الناس عليها ﴾[1] .

ورغم ما وجه إلى هذين التعريفـين من النقد ، فـإنهما يبقيان الأساس فى تعريف العرف ، حيث لم يسبقهما ـ على ما علمت ـ أى تعريف على هذا النحو من الدقة وإن كانا غير كاملين .

ومن التعـريفات الحـديثة للعـرف قول المـرحـوم عبـد الوهاب خلاف : « العرف ما تعارفه الناس وسـاروا عليه

---

(1) الآية رقم 30 من سورة الروم ، وانظر تفسير القرطبى لهذه الآية .

من قول أو فعل أو ترك »[1] .

ومما يلاحظ في هذا التعريف هو إدخال عنصر جديد فيه وهو الترك أو العرف السلبى إن صح التعبير ، وهذه قضية خلافية عند فقهاء القانون ، ولا يبعد أن يكون الأمر كذلك عند فقهاء الشريعة الإسلامية . وعلى العموم فهى قضية لم يصل فيها الفقه ولا القضاء إلى رأى محدد عند رجال القانون على ما أعلم ، ولعل هذا ما جعل محكمة العدل الدولية لا تعمل به ، أى بالعرف السلبى كما أنها لم تستبعده بالكلية على ما يبدو[2] . وعودة إلى تعريف العرف .

جاء في الموسوعة العربية الميسرة أن العرف فى الفقه الإسلامي هو : « ما ألفه الناس فى معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم »[3] .

---

(1) عبد الوهاب خلاف : أصول الفقه الإسلامى ص 54 .

(2) قانون السلام للدكتور الغنيمى ص 268 .

(3) انظر ص 1207 ط 1965 م .

وعرَّفه الأستاذ مصطفى الزرقا بأنه « عادة جمهور قوم فى قول أو فعل »[1] .

ورغم أن هذا التعريف قد يكون : أفضل التعريفات التي أوردناها على الأقل من الناحية الشكلية ، فإنه يمكن أن يناقش من الناحية الموضوعية أو اللغوية .

ومما يستدرك عليه أن لفظ قوم الوارد في التعريف غير كاف ، إذ لا يصدق هذا اللفظ « قوم »[2] على النساء إلا تبعاً للرجال ، وعليه فإذا وجد عرف خاص بالنساء فإن هذا التعريف لا ينسحب عليه أو قل إنه لا يشمله .

وبالاستعانة بما تقدم من التعريفات نقول : العرف هو ما ألفه كل أو جل الناس من قول أو عمل .

وأرجو أن أكون قد تفاديت بعض ما وقع فيه غيرى ، وقد يتضح هذا من التحليل الآتى :

فكلمة « ألف » هى جوهر العرف ، وكلمة الناس

---

(1) المدخل الفقهى العام ج 2 ص 840 .

(2) انظر مادة (قوم) في لسان العرب .

تصدق على الرجال والنساء كما أنها تنصرف إلى أية مجموعة ، وكلمة جُل تعنى - كما هو واضح - أن يكون أغلب المتعاملين بالعرف متفقون عليه .

وبمناسبة ذكر العادة الواردة فى بعض التعريفات السابقة فإنه يحسن بنا أن نتحدث عنها ، رغم أنها لا تختلف عن العرف عند أغلب الفقهاء ، أو قل على الأقل إنها لا تختلف فى النتائج المترتبة على كل منهما ، ولكن بالنظر إلى وجود من قال بالفرق بينها فقد يتعين التوسع فى الحديث عن العادة بعض الشيء من أجل الوصول إلى الحقيقة .

العلاقة بين العرف والعادة :

قلنا إن أغلب فقهاء الشريعة لا يرون فرقاً بين العرف والعادة ، خاصة من حيث الأثر ، وربما قال بهذا بعض رجال القانون أيضاً ، غير أن هؤلاء يعتبرون أقلية بالنسبة إلى غيرهم ، ولكى نقف على حقيقة الأمر عند فقهاء الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع ، فإنه يتعين علينا أن نبحث أولاً عن معنى العادة فى كل من اللغة والاصطلاح .

معنى العادة فى اللغة :

جاء فى معجم مقاييس اللغة « والعادة : الدرية والتمادى فى الشيء حتى يصير له سجية ، ويقال للمواظب على الشيء : المعاود »[1] .

وفى لسان العرب « والعادة : الديدن يعاد إليه معروفة وجمعها : عاد ، وعادات ، وعيد »[2] .

فإذا لاحظنا أن من معانى العرف : الصفات الغالبة ، والتتابع المتصل ، والظاهر من كل شيء . وعلمنا أيضاً أن من معانى العادة : الدرية والتمادى فى الشيء حتى يصير سجية لصاحبه كما تقدم نقول : إذا لاحظنا كل هذه المعانى لكل من العرف والعادة اتضح لنا أنهما ـ وإن كانا يتفاوتان فى بعض المعانى ـ إلا أنهما يتفقان فيما نحن بصدده ، وما يخص موضوعنا ، وهو ما يعرف بين الناس ويتمادون عليه ، وما يرتبون عليهما من النتائج .

---

(1) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ج 4 ص 182 .

(2) ابن منظور : لسان العرب ج 3 ص 316 .

ويؤ يد هذا القول ما نقل عن بعض اللغويين [1] من أن العرف والعادة معناهما واحد . وهذا نص قاطع في اتحاد العرف والعادة فى اللغة ، فهل هما كذلك فى الاصطلاح .

العادة عند الفقهاء :

عرَّف الجرجانى العادة بأنها : « ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى »[2] . ونلاحظ أن الجرجانى هذا قد ساوى بينها وبين العرف عند تعريفه له ، عندما عطفها عليه بقوله : « وكذا العادة » .

وفى تيسير التحرير: « هى الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية »[3] وفى كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوى : التسوية بين العرف والعادة حيث فسر العرف بالعادة ، قال : العرف هو العادة كما فى كنز اللغات .

---

(1) انظر تاج العروس للزبيدي ج 2 ص 439 .
(2) الجرجاني : التعريفات ص 154 ط 1969 م بيروت .
(3) محمد أمين باد شاه ، تيسير التحرير ج 2 ص 20 ط 1933 القاهرة .

بينما نجد القرافى يرى أن العـادة هى : غلبة معنى من المعانى على الناس .

أمـا ابن فرحـون وعلاء الـدين الطرابلسى فقـد عرّافها العادة بأنها : « غلبة معنى من المعانى عـلى جميع البـلاد أو بعضها »[1] .

ولعله من الواضح أنهم يقصدون العرف والعادة معـاً ، بدليل ما فرعوه على قولهم هذا وما بنوه عليه من الأحكام .

أما من المحدثين فقد عرّافها الشيخ الطاهر بن عاشـور بقول : « العادة ما غلب على النـاس من قول أو فعـل أو ترك »[2] وهذا هـو تعريف الأستـاذ عبد الـوهاب خـلاف للعرف كما تقدم . وسيأتى المـزيد من الأقـوال الدالـة على استعمال الفقهاء لكل من العرف والعادة بمعنى واحد .

ولكن على الرغم من كثرة الأدلة الـواضحة عـلى اتحاد

---

(1) أنظر الباب السابع والخمسين من تبصرة ابن فرحون ، والباب الثامن والعشرين من معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى ، وعنوان البابين فى الكتابين واحد ، وهو : « . . . فى القضاء بالعرف والعادة » .

(2) انظر ملتقى الإمام ابن عرفة ، بحوث ودراسات ص 350 .

العرف والعادة فى اللغة والاصطلاح ، فقد ذهب البعض ـ وإن كانوا قلة ـ إلى وجود فرق بينهما .

على أننا إذا قسمنا القائلين بالفرق بين العرف والعادة إلى قدامى ومحدثين فسنجد أن أغلبهم من المحدثين ، إضافة إلى أن الفرق ذاته يكاد يكون غير واضح عند القدامى من الفقهاء الذين قيل إنهم يقولون بهذا الفرق ، لأنه أقصى ما وقفت عليه فى هذا الشأن هو أن ابن الهمام فى التحرير ، والغفارى فى فصول البدائع قد قصرا العادة على العرف العملى ، وهو ما يمكن أن يستنتج من أصول البزدوى وشرحه كشف الأسرار أيضاً[1] .

ولقد أسعفنا الشيخ أبو سنة ـ جازاه الله خيراً ـ عندما لخص رأي قدامى الفقهاء فى العلاقة بين العرف والعادة ، قال فى هذا التلخيص : « وبناء على تعريف ابن أمير الحاج

---

(1) نقلنا هذا الكلام عن كتاب العرف والعادة للشيخ أبى سنة ، وخاصة فيما يتعلق بفصول البدائع ، لأننى لم أقف عليه أنظر ص 11 من كتاب أبى سنة وانظر أيضاً كشف الأسرار ج 2 ص 95 وما بعدها .

الذي اخترته وتعريف القـرافى أيضاً ، تكـون النسبة بـين العرف والعادة : العمـوم والخصوص المـطلق والعادة هي الأعم ، وعـلى رأى ابن الهمام ومن وافقـه تكون النسبـة بينهـما العموم والخصـوص والعرف الأعم ، وعـلى رأى صاحب المستصفى تكون النسبة بينهما : المساواة »[1] .

وإذا اتفقنا مع الشيخ أبي سنة فى ما توصل إليه فى هذا التلخيص فـإنه يكـون لـدينـا ثـلاثـة آراء ، الأول يجعـل العادة أعم من العرف ، والثاني يجعل العـرف أعـم من العادة والثالث يجعـل المساواة بـين العرف والعـادة . وهو الذي نختاره لأنه الوسط ، وخير الأمور أواسطها ولأنـه الأكثر فى استعمال الفقهاء .

ولعل من أشهر القائلين بالخصوص والعموم بين العرف والعـادة من المحدثـين الشيخ أبـو سنة والأستـاذ مصطفى الزرقا[2] الذى لا يبعد أن يكون قد تبع فى ذلك الشيخ أبا سنة .

---

(1) نفس المصدر السابق .

(2) المدخل الفقهى العام ج 2 ص 843 .

ولقد تلقف هذا الرأى ـ أعنى الذى يقول بالخصوص والعموم بين العرف والعادة ـ كثير من الأساتذة العرب من رجال القانون خاصة وتبنوه وانتصروا له ، وليس هذا بمستغرب منهم وهم المتأثرون ـ أو أكثرهم ـ بالنظريات القانونية الغربية ومنها : النظرية الثنائية للعرف التي تقول بوجوب توافر ركنين للعرف هما : الركن المادى ويعنى التكرار والاستمرار ، والركن المعنوى ويعنى : الاعتقاد بلزوم العرف ، أو كما يقول الدكتور حسن كيرة : « توافر الاعتقاد فى إلزام هذه السنة ، وضرورة اتباعها »[1] .

ونلاحظ أن القول بالنظرية الثنائية للعرف ، ليس مُسَلَّماً به من جميع فقهاء القانون . صحيح أن هذا هو رأى الأغلبية منهم ولكن هناك من يقول بما يناقض هذه النظرية . أى أن بعض الفقهاء القانونيين لا يشترطون وجوب توافر ركنين للعرف ، أعنى : الركن المادى والركن المعنوى ، بل اكتفوا بوجود عنصر واحد فى العرف .

---

(1) الدكتور حسن كيرة : المدخل إلى القانون ص 273 ط 1971 م .

غير أن هؤلاء اختلفوا فيما بينهم ، حيث إن منهم من اشترط وجود الركن المادى فقط أى التكرار والمعاودة باعتبار أن هذا الركن هو : جوهر العرف ، إضافة إلى أنه الشيء الملموس الذى يمكن أن يحكم بوجوده أو عدم وجوده . أما الركن المعنوى فهو : أمر نفسى يصعب القطع بوجوده من عدمه .

وذهب فريق آخر إلى الاكتفاء بالركن المعنوى فقط ، وبنوا رأيهم هذا على عدة اعتبارات ، وإستدلوا على هذا الرأى بوقائع تاريخية ، وسوابق قضائية ، وخاصة فى مجالى : القانون الدولى والقانون الدستورى[1] .

وعلى أية حال أود ألاّ أتوسع فى الحديث عن العرف فى نظر فقهاء القانون وإنما هذه سانحة عارضة لعلها تشير إلى عمق الفكر الإسلامى فى المجال الفقهى والقضائى ، وذلك باعتبار أن كثيراً من المذاهب الفقهية والنظريات القانونية الحديثة تتقارب مع ما فى الفقه الإسلامى .

(1) الدكتور الغنيمى : الأحكام العامة في قانون الأمم /قانون السلام ص 375 .

ومن الجزئيات التى تلتقى فيها بعض النظريات القانونية الغربية الحديثة مع الفقه الإسلامى ، الاختلاف حول عناصر العرف أو أركانه . كذلك فإن من أوجه هذا اللقاء أن بعض الفقهاء الغربيين يتفقون مع الفقهاء المسلمين فى عدم انضباط عدد تكرّر الفعل اللازم لثبوت العادة أو العرف بوجه عام ، ففى الوقت الذى يطلب فيه بعض الفقهاء الغربيين تكرر الفعل عشر مرات لثبوت العادة ، اكتفى آخرون بمرتين فقط ، بل نجد فى العصر الحديث من يكتفى منهم بواقعة واحدة فى بعض فروع القانون[1] .

وهذا التذبذب نفسه ـ إن جاز هذا التعبير ـ نجده عند فقهاء الشريعة غير أننى أعتقد ـ دون مبالغة أو تحيز ـ أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا أكثر دقة ـ وجرأة فى الوقت نفسه ـ عندما نظروا إلى موضوع العادة ذاته وعلى أساسه وضعوا شروطهم . فاشترطوا فى بعضها ـ أى العادات ـ من عدد المرات ما لم يشترطوه فى بعضها الآخر .

ونرجع الآن إلى ما كنّا بصدده ، وهو موضوع : وحدة

---

(1) المصدر السابق .

العادة والعرف عند الفقهاء الإسلاميين . يقول الأستاذ علال الفاسى : « إن علماء المغاربة لم يفرقوا بين العرف والعادة »[1] .

ونقول : إن عدم التفريق بين العرف والعادة ليس مقصوراً على علماء المغاربة ولا خاصاً بهم ، بل إن هذا هو رأى أغلب الفقهاء كما مر ذكره ، بل هذا ما صرح به الأستاذ الفاسى نفسه قبل هذا الكلام عندما أتى بتعريفات للعادة حيث قال بأثرها : « وهكذا نرى أن الفقهاء لم يفرقوا فى الغالب بين العادة والعرف ، إلا أن بعضهم قال إن العرف خاص بالأقوال،والعادة خاصة بالأفعال»[2] .

وهذا ما ذهب إليه ابن الهمام ومن وافقه .

والواقع أن المتتبع لأقوال الفقهاء الإسلاميين يوقن بالمساواة بين العرف والعادة فى الاستعمال ، بدلالة أنهم أنابوا اللفظين أحدهما عن الآخر ، فعبروا بالعرف تارة وبالعادة تارةً أخرى ، وأحياناً جمعوا بين اللفظين فقالوا : العرف والعادة ، وقلما التزم الواحد منهم التعبير بأحد

---

(1) ، (2)علال الفاسي : مقاصد الشريعة ص 153 .

هذين اللفظين دون الآخر فى حديثه ، وما ذلك إلا برهان على ترادفهما عندهم على معنى واحد .

ليس هـذا فحسب ، بل تجاوزوا ذلـك وتـوسعـوا فى التعبير عن العرف بعدة ألفاظ ، غير العرف والعادة ، ومن ذلك : الشبه والغالب والتعامل والظاهر ، ومرادهم بكل ذلك ـ فى الأغلب ـ العرف والعادة .

قـال التسـولى فى البهجـة ـ بعـد أن أتى ببعض هــذه الألفـاظ ـ « وقد علم ممـا مرَّ أن الشبـه والغالب والعـرف والعادة : بمعنى واحد »[1] .

وقال ابن رحال : « والعرف ـ فى الآجال ـ هـو شبه أو كالشبه »[2] .

وفى الأشبـــاه للسيـوطى : « أعلم أن اعتبـــار العـــادة والعرف رجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة »[3] .

---

(1) التسولي : البهجة ج 1 ص 127 .

(2) ابن رحال : حاشية على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 23 .

(3) السيوطي : الأشباه ص90، وانظر الأشباه لإبن مجيم ص 100 .

ومثل هذا فى الأشباه لإبن نجيم .

وفى المواهب السنية « والعرف هو العادة »[1] وفى شرح المجلة لعلى حيدر « والعرف بمعنى العادة »[2] .

ويقول الأستاذ عمر عبد الله : « . . . إن العرف والعادة فى الاصطلاح الفقهى معناهما : واحد » وعليه كما يقول : « فيكون عطف العادة على العرف فى قولهم ـ بدلالة العرف والعادة وأمثاله ـ من باب التأكيد لا التأسيس ، فلا تفيد كلمة عادة معنى غير معنى العرف »[3] . وقال الأستاذ عبد الوهاب خلاف : « العرف والعادة ـ في لسان الشرعيين ـ لفظان مترادفان معناهما واحد »[4] وقال الدكتور الكبيسي : « . . . إن العرف

---

(1) عبد الله الجوهرى : المواهب السنية ، مطبوع على هاشم الأشباه للسيوطى ص 162 .

(2) على حيدر : شرح المجلة ج 1 ص 40 .

(3) عمر عبد الله : العرف فى الفقه الإسلامى مجلة جامعة الإسكندرية كلية الحقوق 1952 م .

(4) عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع ص 123 .

والعـادة فى الاصـطلاح : لفــظان متـرادفــان عـلى معنى واحد . . . فما ورد من عطف أحدهما على الآخـر إنما هـو من باب تعاطف المترادفات لإفادة التأكيد »[1] .

وبهذا يتضح لنا أن أغلب الفقهاء يسوون بين العـرف والعادة فى الاستعمال والحكم ، ولم يتعرضوا للفـرق بينهما إلا ما تقدمت الإشارة إليه ، والذى لا يسعنا تجـاهله مهما كان قليلاً .

ولعل الذين قالوا بالفرق بين العرف والعادة نظروا إلى اختــلاف التقسيم الـذى ينقسم إليــه كـل من العــرف والعـادة ، أو نظروا إلى مصــادر كل منهـما دون النـظر إلى النتائج ، فإذا كان الأمر كذلـك فإن مـا ذهبوا إليـه ـ من القول بالفرق بينهما ـ يكـون له مـا يبرره ذلـك لأن الفرق واضح بينهما من هذه الناحيـة ، وهو مـا نتحدث عنـه فى الآتى .

غير أننى قبل أن أبدأ فى هذا الحديث أودّ أن أشير إلى أن

---

(1) الدكتور الكبيسي : أصول الأحكام ص 136 .

هناك من حاول الجمع بين الرأيين على ما يبدو ، وإن كان هذا غير واضح تماماً ، وممن حاول ذلك عباس متولى حمادة الذى قال ـ وهو يتحدث عن العرف ـ : « ويطلقه الفقهاء على العادة ولا يفرقون بينهما ، إلا أن العرف من الجماعة والعادة تكون من الفرد »[1] .

غير أن هذا قد يرد عليه قولهم : عرف الشرع ، وبما يفيده ظاهر قول القرافى : كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه[2] . اللهم إلا أن يقال عن الأول : إن الشرع نزل منزلة الجماعة تعظيماً وإجلالاً له ، ولكن يبقى قول القرافي بدون جواب .

على أن ابن عابدين كان أدق فى التعبير ، وأعمق فى التصوير عندما جمع بينهما من ناحية وفرق بينهما من ناحية أخرى بقوله : « . . . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصداق وإن اختلفا فى المفهوم »[3] . فهما على رأيه

(1) عباس متولى حمادة : أصول الفقه الإسلامي ص 237 .

(2) انظر الفرق الثالث من فروق القرافي ج 1 ص 76 .

(3) أنظر رسالة نشر العرف لابن عابدين .

ـ كما أرشدني إلى هـذا الدكتـور المشرف فـاتح زقـلام ـ :
متفقان فى الأفراد مختلفان فى الحقيقة .

وما دام الأمر كذلك ، أعنى أنه لا يوجد تطابق كـامل بين العرف والعادة وذلك بالنظر إلى حقيقة كل منهما على ما ذهب إليـه ابن عابـدين ، نقول عمـلاً بهذا الـرأى وعلى أساسه قد يحسن أن نخص العادات بحديث قد لا ينسحب على العرف ، وأول ذلـك انقسام العـادات إلى أقسام لا ينقسم إليها العرف . إذن فإلى كم قسم تنقسـم العادات ؟ وما هو أساس التقسيم ؟ .

أقسام العادات

تتنوع العادات وتنقسم بالنظر إلى أصحابها أو من تصدر عنهم وتنسب إليهم إلى ثلاثة أنواع . عادة بشرية ، وعادة حيوانية ، وعادة طبيعية . على أنني ألاحظ أن هذا التقسيم قد يكون أحياناً تقسيماً تقريبياً ، إذ تتداخل بعض العادات أو تشترك فى بعض الأوصاف أحياناً .

فالعادة البشرية هى التى يتعودها الإنسان وهى أنواع ، ولا نتناول هنا منها إلا العادة الفردية ، لأن العادة الجماعية هى العرف عند الأغلب أو قل إنها تشترك معه فى جميع أحكامه .

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن بعض العادات البشرية الفردية قد توصف بأنها عادات بشرية وطبيعية في بعض

الأحيان ، مثل ما إذا كانت تلك العـادة عادة طبيعية في الإنسان ، كالعادة الشهرية عند النساء .

أما العادة الحيوانية فهي ما تتعوده بعض الحيـوانات ، سواء بطريق التعليم كجوارح الصيد ، أو مـا تعتاده تلك الحيوانات تلقائياً كما فى الكلب العقور .

وأخيـراً العـادة الـطبيعيـة ، كحـرارة الإقليم وتعـاقب الفصول ونحو ذلك . وهذه قليلة الأثر فى بحثنا هذا ولهذا سنترك الكلام عليها إلا ما دعت إليه الضرورة .

ثم إن كـلاًّ من العـادات البشـريـة الفـرديـة والعـادة الحيـوانية : تختلف فى عـدد مرات تكـرر الفعل الـواجب حصـوله لثبـوت العادة . وهـذا يقودنـا إلى طرح السؤال الآتي : -

بأي عدد من المرات تثبت العادة ؟ :

لا يمكن الإجابة عن هـذا السؤال بجملة أو جملتين ، وعليه فسنحاول ذكر عدد ما يثبت به كل نوع على حدة فى بعض العادات ، وأود أن أشير إلى أنني اعتمـدت فى هذا

على ما جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطي ص 90 وما بعدها وما أنقله هنا هو بعض تصرف ، وأول ذلك :

* **الحيض** : وهو أربعة أقسام ، قسم يثبت بمرة واحدة وهو : الاستحاضة وقسم يثبت بثلاث مرات ، وقيل بمرتين فقط ، وهو : قدر الحيض والطهر[1] . وقسم لا تثبت فيه العادة مهما تكررت وهى : المستحاضة ، وقسم لا يثبت عند البعض مهما تكرر ، ويثبت بالكثير عند البعض الآخر ، وهو : التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب التقطع ، إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء .

* **الجارحة فى الصيد** : ولا تثبت العادة بمرة واحدة فيه ، وفى المرتين والثلاث : خلاف .

* **القائف** : يشترط التكرار ، وفي المرتين والثلاث : خلاف .

---

(1) نقل الشيخ/ اعليش في الفتاوى عن بعضهم قوله : « والحاصل أنها إن ادعت الانقضاء بزمن يغلب الانقضاء فيه بحسب العادة الجارية ببلدها . . . فإنها تصدق . . . » أنظر فتاوى أعليش ج 2 ص 72 .

* **اختيار الصبى قبل البلوغ بالمماسكة** : فلا أقل من اختباره : مرتين فأكثر .

* **العادة في صوم يوم الشك** : لم يتعرضوا فيه لضابط العادة « فيحتمل ثبوتها بمرة ، أو بقدر يعدّ فى العرف متكرراً .

* **العادة فى الأهداء** : ولم يـر فيه ابن السبكى نقلاً قال : وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة .

* **الاستدلال بحيض الخنثى أو إمنائه** : على الأنوثة والذكورة بشرط التكرار ولا تكفى فيه المرتان .

وفي ما ذكرناه من الأمثلة على العادة الفردية كفاية ، وننتقل الآن إلى ذكر ما يترتب على هذه العادات البشرية منها والحيوانية من النتائج والآثار .

ونلاحظ أن ما سنذكره هنا من النتائج ربما كان الأولى به أن يذكر فى الفصل المتضمن لآثار العرف والعادة فى التشريع ، ولكن قصدنا من هذا المبادرة فى التدليل على اعتداد فقهاء الشريعة بالعادات الفردية حتى ولو كانت حيوانية .

ما يترتب على العادات الفردية :

لما كانت العادات الفردية كثيرة ومتنوعة وأغلبها منتج لآثاره عند الفقهاء ـ إذا تعلق بها ما يوجب ذلك ـ لهذا أذكر بعض أنواع هذه العادات وما ينتج عنها من الآثار والأحكام .

أولاً : العادة الشخصية المكتسبة بالاعتياد : كأن يعتاد إنسان ما ، أكلاً معيناً ، أو لبساً معيناً أو غير ذلك من العادات . ورغم أن هذه العادة قاصرة على صاحبها فى الظاهر ، إلا أنها قد تترتب عليها بعض الأحكام تماماً كما تترتب على العادات الجماعية الأخرى المرادفة للعرف بالنسبة لصاحبها ، وذلك متى اقترن بها من الظروف والروابط ما يستدعى الاحتياج إليها لتكون أساساً يبنى عليه حكم فى واقعة معينة ، مثال ذلك : نفقة المضارب فإنها تقدر بحسب عادته قبل بدء المضاربة[1] ، وكذلك :

(1) ابن المرتضى البحر الزخارج 4 ص 273 ، وج 5 ص 88 .

المفلس ، عند الحجز عليه ـ أو على أمواله فإنه يترك له من النفقة على حسب عادته قبل الحجر[1] .

ومن هذا أيضاً : وجوب دفع أجرة الحمام على الزوج إذا كانت زوجته تعتاد الذهاب إلى الحمام قبل مجيئها إليه [2] .

ومما بنوه على العادة الفردية أيضاً أن المرأة إذا اقتضى الأمر أن تحلف فى قضية معينة ، فإنه ينظر إلى عادتها ، فإذا كانت عادتها أنها تخرج من بيتها نهاراً ، فإنها تجبر على الذهاب إلى مكان الحلف ، كمقر المحكمة مثلاً ، وأما إذا كانت عادتها أنها لا تخرج من بيتها إلا ليلاً ، فإنها لا تخرج بالنهار ولكن تجبر على الخروج ليلاً ، أما إذا كانت عادتها عدم الخروج فإنها لا تجبر على الخروج إطلاقاً وإنما تحلف في بيتها[3] .

فهذه أمثلة توضح ما للعادة الفردية من أثر بالنسبة

---

(1) الشيرازى : المهذب ج 1 ص 329 .

(2) نفس المصدر ج 2 ص 126 .

(3) التسورلى : البهجة على العاصمية ج 1 ص 151 .

لصاحبها على الأقل . وأخيراً نشير إلى العود أو الاعتياد فى الجرائم الجنائية وما ينتج عن ذلك من تشديد العقوبة .

ثانياً : العادة الثنائية : أى العادة المتداولة بين شخصين ، ورغم أنها أقرب إلى العادة الفردية إلا أنها أيضاً رتب عليها الفقهاء بعض الأحكام ، منها : عادة الإهداء أو التهادى ، فلقد رتبوا على هذه العادة أنه إذا كانت بين القاضى ـ ومثله الحاكم ـ وشخص آخر ، عادة التهادي سابقة على تولى القضاء أو الوظيفة بصفة عامة ، فإنه يجوز لهما أن يستمرا في الإهداء دون حرج أو شبهة الرشوة[1] . وكذلك المقرض فإنه لا يجوز له قبول الهدية إلا إذا كانت بينه وبين من اقترض منه عادة التهادى[2] .

ولعل الأصل فى هذا ما روى عن أحد عمال عمر بن عبد العزيز الذى أهدى له رجل هدية مقدارها : أربعون

---

(1) انظر أدب القاضى للماوردى ج 2 ص 173 والبحر الزخار ج 6 ص 123 .

(2) انظر كتاب الآجال من المدونة ج 4 ص 139 ومختصر خليل باب السلم عند قوله وحرم هديته ص 196 .

ألف درهم ، فكتب إلى عمــر يستشيــره فى قبــولهــا أو رفضها ، فرد عليه عمر قائلاً : إن كان يهدى إليك وأنت بالجزيرة فاقبلها وإلا : احسبها من خراجه[1] .

ثالثاً : العادات الحيوانيـة : تنقسم العادات الحيـوانية إلى قسمين ، عادات تلقائية يتعلمها الحيوان بنفسه ، وقد تكون نتيجة مرض ، وعادات تحصل للحيوان عن طـريق التعليم ، ونبدأ هذا النوع بقصة القصواء ناقـة رسول الله ﷺ ، وما كان من بروكها فى غزوة الحديبية ، لما فى هـذه القصة من دلالة على الاعتراف بالعادات الحيوانية وأثرها .

جاء فى صحيح البخارى قوله : « . . . وسار النبى ﷺ حتى إذا كـان بالثنيـة التى يهبط عليهم منهـا ، بـركت بـه راحلتـه ، فقال النـاس : حَلْ حَـلْ فـألحّت ، فقـالـوا : خلأت القصواء . فقال النبى : ما خـلأت القصواء ومـا ذاك لها بخلق ولكن حبسها حابس الفيل . . . » .

---

(1) أدب القــاضى والقضـــاء لأبى المهلب القيسى ، تحقيق الــدكتــور الدشراوى ط الشركة التونسية . ص 24 .

قال ابن حجر فى الفتح « قوله وما ذاك لها بخلق أى عادة » ثم نقل عن ابن بطال وغيره أن مما يستفاد من هذا الحديث : جواز الحكم على الشىء بما عرف من عادته . . . فإذا وقع من شخص هفوة لا يعهد منه مثلها لا ينسب إليها ويرد على من نسبه إليها ، ومعذرة من نسبه إليها مما لا يعرف صورة حاله ، لأن خلاء القصواء لولا خارق العادة لكان ما ظنه الصحابة : صحيحاً ، ولم يعاتبهم النبى على ذلك لعذرهم فى ظنهم . . . »[1] .

ومن العادات الحيوانية التلقائية أيضاً : اعتياد الكلب عض الناس وعقر الحيوان ، وكذلك إذاية القطط وما شابه ذلك .

فبالنسبة للكلب العقور إذا أثبت عادته فإن صاحبه يلزم بالتعويض أو قيمة ما أتلفه على شروط فى ذلك[2] . وكذلك اعتياد القطط عادات ضارة ، قال القرافى : « سئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله عن قتل الهر

(1) ابن حجر : فتح الباري ج 5 ص 329 إلى 336 .

(2) ابن المرتضى : البحر الزخار ج 6 ص 270, 271 .

المؤذى هل يجوز أم لا ؟ فكتب ـ وأنا حاضر ـ : إذا خرجت أذيته عن عادة القطط وتكرر ذلك منه »[3] .

أما بالنسبة للعادات الحيوانية التى تكتسبها عن طريق التعليم مثل جوارح الصيد من الكلاب والطيور ، فإن لهذه العادات آثاراً تترتب عليها أيضاً ، إذ ينتج عن ثبوت هذه العادات فى الجوارح : حل أكل الصيد وثبوت ملكيته لصاحب الجارحة على تفصيل فى ذلك مبسوط فى كتب الفقه .

وبهذا الحديث الموجز عن العادة وأنواعها وآثارها ، يترجح الرأي الذى ذهبنا إليه ، وهو أن أغلب العادات : منتج لآثاره ، سواء فى ذلك العادة الجماعية والثنائية والفردية بل وحتى الحيوانية كما رأينا فى ما سبق عرضه .

ولقد لخص كل هذه المعاني فى بيت واحد الشيخ أحمد ابن أبي كف ناظم أصول المذهب المالكى حيث قال :

وكل ما العادة فيه تدخل من الأمور فهي فيه تعمل[4]

---

(1) تنقيح الفصول للقرافى ص 207 .

(2) انظر مقال الأستاذ محمد أبو الأجفان بعنوان العرف فى المذهب المالكى .

فكفى بهذا البيت تعميماً للعمل بالعادة ، فلقد بلغ ما لم نبلغه في صفحات .

هذا بعض ما يخص العادات بوجه عام من حيث النشأة والتعريف والتقسيم مع بعض آثار العادة ، وقبل أن ننتقل إلى أقسام العرف ، أود أن أتحدث ـ ولو قليلاً ـ عن القرائن العرفية باعتبارها نوعاً من العرف ، على أن الحديث على هذه القرائن لا يخلو من صعوبة ، وذلك نظراً لطبيعة القرائن ذاتها ، ولعدم اطلاعي على دراسة كافية للقرائن ، ولاختلاف علاقة القرينة بالعرف ، هذه العلاقة التي تجعل القرينة أحياناً كالعرف ، وأحياناً أخرى تبدو كأن لم يكن بينهما أي علاقة أو اتصال ، ومع ذلك فسنحاول الحديث عنها مبتدئين بتعريفها لغة واصطلاحاً .

معنى القرينة في اللغة والاصطلاح :

القرينة في اللغة : مشتقة من الاقتران وهو الجمع بين

من كتاب ملتقي الإمام ابن عرفة ص 347 وما بعدها ط تونس 1978 م .

الشيئين . ففي لسان العرب « . . . والقرينة : الناقة تشد إلى أختها »[1] .

وفي معجم مقاييس اللغة « والقرينة : نفس الإنسان ، كأنهما قد تقارنا . . . وقرينة الرجل : امرأته »[2] .

فاتضح بهذا أن القرينة تعنى المصاحبة والملازمة ، حتى يظن ـ إن لم يعتقد ـ من وجود القرينة وجود مقارنها وما تدل عليه ، سواء بطريق العقل أو عن طريق العرف أو الحال أو الكلام أو النص أو غير ذلك .

أما القرينة فى الاصطلاح الفقهى الحديث فقد عرفها البعض بأنها : « ما يلزم من العلم به ، الظن بوجود المدلول »[3] وواضح أن هذا التعريف يعم جميع القرائن ، أما القرينة العرفية فقد عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا

---

(1) ابن منظور : لسان العرب ج 13 ص 337 .

(2) ابن فارس : معجم مقاييس اللغة ج 5 ص 77 .

(3) الدكتور الزحيلى : الإثبات فى الشريعة ـ دراسات قانونية جامعة قار يونس 76 م .

بقوله : « هى التى تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً . . . »[1] .

القرينة عند قدامى الفقهاء :

لم يتعرض الفقهاء القدامى للحديث عن القرائن بشكل واضح كالذى فعلوه فى العرف ، ولا أشك أنها تختلف عندهم عن العرف من حيث المفهوم باعتبارها متنوعة ، إلا أن الثابت أنهم اعتبروا بعضها بمنزلة العرف من حيث بناء الأحكام عليها أو التوصل عن طريقها إلى الحق ، ولذا نجدهم يستدلون بالقرائن والأمارات والعلامات وشواهد الأحوال ، ولكنهم كانوا قليلاً ما يتعرضون للفصل بين القرائن العرفية وبين العرف ذاته ، بل كانوا تارةً يجعلون العرف قرينة ، وهذا يعنى التسوية بينهما فى الحكم ، وتارةً أخرى يجعلون العرف أقوى من القرينة العرفية .

وخلاصة القول أن القرينة العرفية معمول بها عند

---

(1) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 919 .

الفقهاء وإن كان الفصل بينها وبين العرف غير واضح أحياناً .

يقول الشيخ شلتوت في هذا الشأن : « نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتنويع ، مع العلم بأن كل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته فى كتب الفقه الإسلامى ، لا ينقصه إلا الأسماء الجديدة »[1] .

ويبدو أن الفرق بسيط بين العرف والقرائن العرفية وهذا ما نفهمه من كلام ابن رحال عندما نجده يتكلم بحذر عند ذكره لكل من العرف والقرينة العرفية ، قال فى حاشيته على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 103 عند قول الأخير « إن أتى بما يشبه » والشبه هو كالعرف أو عرف . بينما نجد له نصاً آخر فى نفس الموضوع يقول فيه : ومثل العرف : القرينة ، فإنها تقيد وتخصص كالعرف .

ورغم أن ابن رحال أطلق القرينة ولم يوضح ما إذا كان يقصد أو يخص بذلك القرائن العرفية أو عموم القرائن ،

---

(1) الشيخ شلتوت : الإسلام عقيدة وشريعة ص 562 ط 1974 م .

إلا أن الأقرب إلى الظن أنه قصد القرينة العرفية بدليل قوله فى نهاية كلامه هذا « وكلهم يحومون حول العادة » .

ونلاحظ أن ابن فرحون يتفق مع المازرى على ما يبدو فى أن القرينة تساوي شاهداً واحداً وبما أن العرف يساوى شاهداً عند أغلب الفقهاء في أغلب الصور، إذن فالقرينة تساوي العرف حكماً .

وبناء على هذا يمكن القول بأن المازرى وابن فرحون ممن يقولون بالمساواة بين العرف والقرائن وذلك ما يفيده نقل الأخير عن الأول ونصه « عندى أن الأظهر في الجواب أن القرائن تقوم مقام الشاهد »[1] .

وهذا عين ما فعله ابن فرحون حيث جعل القرائن بمنزلة الشهادة كما قلنا آنفاً ويدل على ذلك قوله : « إن الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف ، وإن لم يشهد عنده عدلان من الرجال . . . اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة »[2] .

---

(1)، (2) ابن فرحون : التبصرة ، أنظر هامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ج 2 ص 115 .

ولكن مهما بلغ التداخل بين العرف والقرائن العرفية ، فإنه يمكن الجزم بأنهما شيآن مختلفان ، إذ لا يصعب التفريق بينهما فى بعض الأحيان . ولعل مما يستدل به على هذا هو إفراد بعض المؤلفين لكل من العرف والقرائن باباً خاصاً لكل منهما .

فابن فرحون عقد باباً للقضاء بالعرف والعادة ، هو الباب السابع والخمسون ، كما عقد الباب السبعين للقضاء بما يظهر من قرائن الأحوال . . . الخ .

وكذلك فعل علاء الدين الطرابلسى فى معين الحكام[1] وعز الدين بن عبد السلام في قواعد الأحكام[2] ، الأمر الذى يقتضى التفريق بينهما .

ولعل هذا التذبذب فى وضع القرائن العرفية راجع إلى مركز القرينة أو صلتها بالعرف وارتباطها به ، ودلالتها على مدلولها وهو ما ينتج عنه : ضعف أو قوة القرينة . ومن هنا

---

(1) هبو الباب الواحد والخمسون من معين الحكام .
(2) قواعد الأحكام ج 1 ص 107 .

كانت القرائن غير مستوية الدلالـة ، فبعضها : قـوى ، وبعضها متوسط ، وبعضها ضعيف . هذا ما صرح به ابن فـرحون ، وإن كـان كلامـه يعم جميع القـرائن ، وذلـك بقوله : « والمعول فى ذلك عـلى القرائن فـإن قويت حكـم بهـا ، وإن ضعفت ، لم يلتفت إليهـا ، وإن تـوسـطت ، توقـف فيها وكشف عنها وسلك طريق الاحتياط »[1] .

ونجد هذا المعنى عند الدكتـور أحمد عبـد المنعم البهى وهو يتحدث عن القرينة بقوله: وتتفاوت قوة القرينة عـلى حسب قوة المصاحبة فأحياناً ترتقى إلى درجة القطع وأحياناً تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد .

ولا يخفى أن القـرائن أنـواع منهـا : العرفيـة والعقليـة والحـالية والكـلامية والنصيـة ، على أننـا نلاحظ أن هـذه التسميات نسبية أو تقريبية ، ولا يلزم منها تمحض القرينة لما نسبت إليه ، إذ قـد يتجاذب القـرينة وصفـان أو أكثر بمعنى أنها تكون عرفية وعقلية ونصية فى آن واحد أحياناً ،

---

(1) انظر الباب السبعين من تبصرة ابن فرحون .

وذلـك مثـل القمط في الأخصـاص ، ووجـود الـطاقـات بـالحيـطان ، فهـذه القـرينـة يمكن أن تسمى أو تنعت بالأوصاف الثلاثة . فهى عرفية لأن النـاس يستعملونها ، وهى عقليـة لأن مدلـولهـا يـدرك بـالعقـل ، وأخيـراً هى نصية ، لأنها ثبتت بالنص إذ قد حكم بها الصحابي الجليل أبو حذيفة ، وأقره النبى على ذلك[1] .

ولعل هذا هو الذى يضفى على بعض القرائن من القوة ما يجعلها قاطعة فى الموضوع ولا يحتاج معها إلى غيـرها ، بينما نجد بعض القرائن لا تفيد إلا الاحتمال البعيد كما مر ذكره.

ولا يفـوتنـا هنـا أن نشـير إلى التقسيم الـذى قسم بـه الـدكتور الـزحيلى القـرائن نذكـره على سبيـل الاختصـار والتصـرف ، وهـو أن القـرائن تنقسم تقسيمـات كثيـرة بـاعتبارات مختلفـة ، فتنقسم باعتبـار النسبـة بينهـا وبـين

(1) انـظر سنن النسائى الحـديث رقم 2343 ج 2 ص 785 وانـظر أيضـاً البحر الزخار ج 2 ص 401 .

مدلولاتها ، وتنقسم باعتبار قوتها وضعفها ، كما تنقسم بحسب مصدرها[1] .

ونلاحظ أن الأستاذ الزرقا يعترض على من أدخل دراسة القرائن العرفية واختلاف الأحكام بتغير الزمان ضمن مفهوم العرف ، ذلك « لأنهما يؤلفان موضوعين مستقلين ، ونوعاً من الأدلة والشرعية متميزاً عن العرف بمفهومه الفقهي الخاص وإن كان بينهما وبين العرف ، تقارب وتناسب »[2] .

والذى يبدو لى أنه إذا أمكن القول بوجود اختلاف بين مفهوم العرف وبين مفهوم اختلاف الزمان ، فإن هذا الاختلاف غير واضح بين العرف والقرائن العرفية ، كما سبق أن ذكرنا .

وملخص القول في القرائن العرفية : إنها كالعرف أو

---

(1) أنظر دراسات قانونية جامعة قار يونس 76 م .

(2) الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 918 .

قـريبة منـه ، لها أحكـامه وتتـرتب عليهـا آثـاره فى أغلب صورها وأحوالها . وبهذا ننهى الكلام عن القرائن العرفية لننتقل إلى الحديث عن أقسام العرف .

أقسام العُرف

ينقسم العرف عند الأصوليين إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة ، إذ ينقسم إلى عرف قولى وآخر فعلى ، كما ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص ، ثم إن هذه الأنواع إما أن تكون صحيحة أو فاسدة .

فإذا تعلق العرف باستعمال ألفاظ فى معان محددة لم تكن تدل عليها فى اللغة وغلب هذا الاستعمال حتى أصبح لا يفهم من تلك الألفاظ عند التخاطب إلا هذه المعانى الجديدة ، ولا يتبادر إلى ذهن السامع غيرها سمى إذ ذاك هذا الاستعمال : عرفاً قولياً .

أما إذا تعلق العرف بممارسة أعمال فى أى مجال من مجالات التعامل المختلفة حتى يصبح ذلك التعامل معهوداً

عند الناس ، ومعروفاً لديهم سمى التعامل إذ ذاك عرفاً عملياً .

فإذا كان استعمال تلك الألفاظ وممارسة هذه الأعمال في جميع البلدان وعند كل أو أغلب الناس كان العرف عاماً ، أما إذا اقتصر ذلك الاستعمال أو تلك الممارسة على بلاد دون أخرى ، أو فئة من الناس دون غيرها كان العرف حينئذٍ عرفاً خاصاً .

فإذا ترتب على كل من هذه الأنواع مخالفة للشريعة أو تعطيل لبعض نصوصها فهو عرف فاسد ، أما إذا لم يكن في العمل بتلك الأعراف شيء من ذلك فهى أعراف صحيحة ، يجب احترامها لأن فى احترامها دليلاً على احترام الناس وما يصطلحون عليه .

على أن هناك من نحا غير هذا النحو ، حيث قسم العرف أولاً إلى قسمين هما : عرف الشارع وعرف الناس ، ثم قسم كلاً منهما إلى قسمين قولى وفعلى قال الشنقيطى : « أما العرف الاصطلاحى فعلى قسمين :

عرف الشارع ، وعرف الناس ، وكل منهما على قسمين أيضاً قولى وفعلى . . . »[1] .

غير أن الشيخ أبا سنة يرى أن « العرف الشرعى من العرف الخاص إلا أنهم أفردوه باسم لشرفه والتنويه به »[2] . ولما كان العرف الشرعى لا يخضع لبعض تقسيمات العرف ولا لشروطه فهو إذن فى حاجة إلى هذا البحث .عليه، ننتقل إلى الحديث عن أعراف الناس ونبدأ بالعرف القولي .

العُرف القولى :

يوجد العرف القولى متى شاع فى الناس استعمال اللفظ فى معنى خاص لا يتبادر إلىالذهن غيره، ويختلف عما يدل عليه فى اللغة ، وكذلك إذا كان للفظ ما عدة معان في اللغة،ولكن الاستعمال خصص بعض هذه المعانى وجعلها

---

(1) حسام العدل والإنصاف مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 6051 .

(2) العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 20 .

مقصودة دون غيرها ، حتى أصبح لا يفهم منه السامع ولا يتبادر إلى ذهن المخاطب إلا ذلك المعنى ، كما أشرنا إلى هذا منذ قليل .

قال الشنقيطى : « فأما القولى فهو : غلبة استعمال اللفظ فى معنى غير معناه الأصلى ، سواء كان جزء معناه أولاً ، حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن ، ويصير المعنى الأصلى كالمهجور وهو المسمى عند الفقهاء بالمجاز الراجح ، وبالحقيقة الشرعية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلى : عرف الشرع ، وبالحقيقة العرفية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلى : عرف الناس »[1] .

أما عند القرافى فهو « أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك فى اللغة »[2] .

وفى شرح التحرير : « هو أن يتعارف عند قوم فى

(1) حسام العدل والإنصاف مخطوط ورقة رقم 4 .

(2) انظر الفرق رقم 28 من فروق القرافى .

إطلاق لفظ : إرادة بعض أفراده مثلاً ، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى »[3] .

ويرى الشيخ أبو سنة أن العرف القولى « هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير مدلوله بحيث إذا أطلق ؛ انصرف إليه من غير قرينة ، وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول »[2] . وهو تعريف ـ أو تحليل ـ وُفِّق فيه الشيخ كثيراً .

وعلى ضوء هذه التعريفات ـ وبالاستعانة بها ـ يمكن أن أضيف تعريفاً للعرف القولى وذلك هو : استعمال اللفظ فى معنى غير معناه اللغوى ، أو تخصيصه ببعض معانيه .

هذا من حيث تعريف العرف القولى ، أما من حيث الأمثلة على استعماله أو استخدامه فإن ذلك سيأتى فى حينه ، ولكن نقدم الآن بعض الأمثلة التى دأب

---

(1) شرح التحرير لأمير باد شاه ج 2 ص 20 ط 1933 .

(2) أحمد فهمى أبو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 18 ط 1941 م .

الأصوليون على الإتيان بها فى هذا الصدد ، وأول هذه الأمثلة : استعمال لفظ الدراهم بمعنى النقود الرائجة فى البلد ، مع أن النقود فى الأصل هى النقد الفضي[1] .

ومنه : « غلبة استعمال لفظ الدابة فى ذوات الأربع فى عرف الناس العام فإنه نقل لفظها عن معناه ـ وهو كل ما يدب على وجه الأرض ـ إلى ذوات الأربع »[2] .

ومنه أيضاً ما تعارفه الناس من إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ، مع أنه يشمل النوعين في اللغة ، وقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾[3] .

وبالإضافة إلى ما تقدم هناك الأعراف القولية الخاصة وهو مايصطلح عليه أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف والمجموعات الخاصة ، من الألفاظ والتراكيب التى

---

(1) مصطفى الرزقا : المدخل الفقهى العام ج 8 ص 845 ط 1968 م .

(2) مع أن الدابة فى اللغة « اسم لما دب من الحيوان مميزة أو غير مميزة » لسان العرب ج 1 ص 369 .

(3) الآية رقم (11) من سورة النساء .

يضمـونها معانى لم تكن تـدل عليهـا فى اللغـة ، فتختص عندهم بالـدلالة عـلى هذه المعـانى الجديـدة دون معانيهـا القديمة[1] .

أما الحديث عما يقوم به العرف اللفظي أو القولى فأكثر ما يكون ذلك فى مجال الأيمان والوصايا ، وصيغ العقود أو المبادلات بصفة عامة .

العُرف العملى :

العـرف العملى ـ أو الفعـلى ـ هـو : مـا تعـارفـه أهـل المجتمع أو أغلبهم ، وساروا عليه فى معاملاتهم وتصرفاتهم فى زمن من الأزمان . ومثل له ابن عابدين فى نشر العرف بقوله : « كتعارف قوم أكل البر ولحم الضأن »[2] .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقـا : « هـو اعتيـاد الناس على شىء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية »ومثل له

---

(1) انظر فى هذا رسالة نشر العرف لأبن عابدين ج 2 ص 144 من مجموع رسائل ابن عابدين . ط نظارة المعارف العثمانية 1325 هـ .

(2) المصدر السابق رسالة نشر العرب ج 2 ص 114 .

باعتياد الناس « تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل ، وتعارفهم فى بعض الأنكحة تعجيل جانب معين من مهور النساء كالنصف أو الثلثين ، وتأجيل الباقى إلى ما بعد الدخلة »[1].

ولعل أشهر ما يضرب من الأمثلة للعرف العملى العام : دخول الحمام بدون تعيين الأجر ، ومن غير تقدير زمن المكث فيه ، ولا معرفة كمية الماء المستهلك وكذلك تعارف الناس الاستصناع ، واستهجان الأكل فى الطرقات فى بعض الأزمان والبلدان ، وتعارفهم أن وضع اليد على العين مدة طويلة : دليل الملكية .

ومنه أيضاً ما تقوم به المجتمعات ـ على اختلاف فيما بينها فى التفاصيل ـ فى مناسبات الأفراح ، وما يقومون به من الأفعال وما يقدمونه للضيوف ، وما يتبادلونه من الهدايا والأطعمة ونحو ذلك .

ومثل هذا ما يشاع فى البيئات الرعوية والزراعية

---

(1) الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 847 .

والصناعية والتجارية من الأعراف العملية التى يحتكمون إليها فى كثير من القضايا عند التنازع أو الاختلاف . ولعل الأصل فى هذا هو إحالة القاضى شريح الغزالين على سنتهم عندما اختصموا إليه [1].

العُرف العام :

العرف العام هو الذى يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم من قول وعمل ، ويكون سائداً فى جميع البلاد أو أغلبها . ومن أشهر الأمثلة عليه بيع المعاطاة وعقد الاستصناع ودخول الحمام بدون تعيين زمن المكث وقدر الماء ، كما مر ذكره قريباً .

ومما يذكر فى عقد الاستصناع أن الإمام أبا يوسف يعتبر صاحب اليد الطولى فى إظهار العمل به مخالفاً بذلك إمامه أبا حنيفة ومن هنا اعتمدت لجنة مجلة الأحكام العدلية فقه الإمام أبى يوسف وانتهجت مذهبه لمسايرته [2] روح العصر .

---

(1) انظر فتح البارى ج 5 ص 406 ط السلفية 1390 هـ .

(2) انظر التقرير الذى رفعته لجنة المجلة إلى الباب العالى وهو موجود =

ومن أمثلة الأعـراف العامـة أيضاً مـا شاع فى العصـر الحديث من أن ما تزود به السيارة من المصنع من المفكات والرافعة والعجلة الاحتياطية وغير ذلك : يكون داخلاً فى البيع حتى ولو لم يذكر شىء من ذلك فى العقد .

ومنه أيضاً ما دأبت عليه شركات النقل العالمية وخاصة شركات الطيران على اختلاف فيما بينها فى المقادير[1] ، من إعفـاء وزن معين من الـرسوم لكـل راكب ومـا زاد عـلى ذلك ، خضع لـرسوم النقل حسب التسعيرة المحددة عند كـل شـركـة وكـذلـك الأطفـال الصغـار إذ إن كثيـراً من الشركات لا تفرض على الـطفل رسوم النقل إلا إذا بلغ سناً معينة أو وزناً أو طولاً معيناً .

العُرف الخاص :

العرف الخاص هو ما لا يجتمع فيه أو عليه كل أو أغلب

= بصفحة 12 من الجزء الأول من مجلة الأحكام العدلية بشرح علي حيدر .

(1) انظر فى هذا نظرية العـرف للدكتور عبـد العزيـز الخياط ط مكتبـة الأقصى وزارة الأوقاف بالأردن 1977 م .

الناس ، بل يكون خاصاً ببلد من البلدان أو طبقة من الناس دون غيرها أو فئة دون أخرى ومن أمثلته : أعراف التجار وأعراف الزراع وأعراف أصحاب المهن المختلفة .

فمن الأعراف التجارية والبيوع بصفة عامة ما يتعارف عندهم فى كيفيات القبض حيث ورد فى الشرع مطلقاً فرجع فيه إلى أعراف الناس الخاصة ، وكذلك متى يكون الثمن معجلاً ومتى يكون مؤجلاً ، ومقدار الغبن ومعرفة العيوب الموجبان لرد المبيع[1] . إذ إن معظم هذه الأشياء يرجع فيها دائماً للعرف ، وما يعهد بين التجار . قال القاضى عمر بن عامر عندما احتكم إليه فى جارية ليس على ركبتها شعر « يسأل عن ذلك أصحاب الرقيق فإن كان غشاً عندهم ردت به »[2] .

ومن هذا أيضاً ما علل به السرخسى وغيره : إلحاق بعض ما ينفق على البضائع حيث قال : « . . . فله أن

---

(1) أخبار القضاة لوكيع ج 2 ص 55 .

(2) المصدر السابق ، وقد تقدمت الإشارة إلى حكم عمر بن عامر فى الجارية .

يبيعها مرابحة على الثمن والأجر ، لأن هذا مما جرى الرسم به بين التجار فى إلحاقه برأس المال »[1] .

ومن الأعراف الخاصة : أعراف المزارعين ، وما يشاع بينهم فى مدة استغلال الأرض المؤجرة ، وكيفية ذلك الاستغلال ، وما يزرع فى أرض دون غيرها وما إلى ذلك .

كذلك فإن ما يشاع بين ذوى المهن وأرباب الصناعات ، كتحديد وقت العمل وما إذا كان يتخلله أو لا يتخلله شىء من أوقات الراحة [2] والعطل وكل ما يتعلق بالعمل وظروفه بصفة عامة .

العُرف الصحيح والعُرف الفاسد :

من أهداف الشريعة : إيجاد واستمرار المصالح واستقرار المعاملات ولذلك استأثرت بالرقابة الدائمة على

---

(1) السرخسى فى المبسوط ج 22 ص 75 .

(2) يكفى أن تنظر فى هذا الموضوع ماضى الأشباه والنظائر للسيوطي ص 99 ، 100 .

ما يستجد عند أتباعهـا من الأعراف ، وذلـك عن طريق عـرض هذه الأعـراف على نصـوصهـا ، سـواء تم هذا بـواسطة المختصـين أو عن طريق الأفـراد إذا كان يمكنهم ذلك .

ومن هنا يتضح أن كل عرف فيـه نفع دون ضـرر فهو عرف صالح ليس لأحد هدمه ، بـل يلزم كل واحـد من أتباعه باحترامه والخضوع لأحكامه . وأن كل عرف خالف نصوص الشريعة فهو عرف فاسـد لأن الشريعـة مصالـح كلها ولا تسمح بانتشار الفساد فى الأرض ، ومن هنا يجب هدم وإزالة الأعراف الفاسدة ، مهما طال زمن العمل بها ، ومهما كان عدد أتباعها . فالمعيار الأول والأخير لمعرفة النفع من الضرر هو الشريعة الإسلامية ليس إلاّ .

ولا يشكل على هذا ما ذكره الشيخ محمد الخضر حسين ـ شيخ الأزهر ـ من أن هناك من قال بمراعاة العرف الفاسد فى بعض الصور ، واستدل عـلى هذا بكـلام لأبن الفرس قال فيه : « ومما ينبني على هذا أن يجرى عرف قوم ببعض العقود الفاسدة شرعاً ، ويختلف المتعاملان فيدعى أحدهما

أن العقد وقع على الوجه الفاسد ـ يروم نقض البيع ـ ويدعى الآخر أنه وقع على الوجه الصحيح . فالقائلون بصحة مراعاة العرف الفاسد يرون أن العرف هنا شاهد بصدق مدعى الفساد فينقض البيع »[1] .

ولا مما جاء فى هذا المعنى فى حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 126 من قوله : « وأما الاختلاف فى الصحة والفساد فالمشهور أيضاً ما فى المختصر أنه إذا غلب الفساد فالقول لمدعيه » .

أقول لا يشكل على ما قلته من وجوب عدم الاعتداد بالأعراف الفاسدة ما جاء فى هذين النصين ذلك أننى لا أرى فيهما ما يوجب مراعاة العرف الفاسد ، بل لعل الصحيح أن هذا النوع من المراعاة أدل على عدم المراعاة إذ لو كانت هذه مراعاة للعرف لاعتبر العقد صحيحاً ولم يجز نقضه فى هذه النازلة ، فالحكم بنقض العقد المترتب على

(1) محمد الخضر حسين : الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ص .

العرف الفاسد ، أقوى دليل على عدم اعتباره فشهادة العرف هنا على وجود الفساد لا تعدو أن تكون إقراراً من العرف على نفسه كالمجرم أو المتهم الذى يقر أو يعترف بذنبه ، فإن اعترافه هذا لا يتجاوزه .

إذن فالصحيح أن العرف الفاسد لا تجب مراعاته ، ولا يجوز العمل به تحت أى ظرف حتى لا تنتشر الأعراف الفاسدة ، ثم يلتمس المبرر للعمل بها بحجة الضرورة أو رفع الحرج ، لأن تلك قواعد تحكم مستقلة بنفسها ولا تحتاج إلى أن يتوصل إلى العمل بها بواسطة عرف أو غيره ، فهى ليست من هذا القبيل .

بقي أن أقول إن هذه الأعراف الفاسدة يمكن أن يمثل لها باعتياد التعامل بالربا وشرب الخمر ولعب القمار ، واعتياد التبرج بالنسبة للنساء .

فكل هذه وأمثالها وما يتعارف عليه من العادات الضارة كما في المآتم والأفراح وعادات الثأر بين الأشخاص والقبائل ، مما جر وما زال يجر على كثير من المجتمعات من عدم الطمأنينة والأمن والاستقرار الشيء الكثير ، ناهيك

عما فيها من الظلم المتعمد بتحميل وزر المذنب البرىء ، خلافاً لقوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾[1] .

نقول: إن كل هذه الأعراف وما شاكلها أعراف فاسدة باطلة لا يجوز العمل بها لمخالفتها نصوص وأهداف الشريعة .

ولا يصلح القول هنا بأن للعرف سلطاناً قوياً على النفوس تجب مراعاته اقتداء بالنهج الذى انتهجته الشريعة الإسلامية إزاء بعض العادات وقت التنزيل ، إذ لا تصلح المقارنة بين الوضعين أساساً ، ويكفى فى هذا الشأن أن نتذكر أن تلك العادات التى تدرجت الشريعة فى هدمها كانت قد نشأت فى مجتمع غير إسلامى ، عكس ما هو عليه الحال بعد ظهور الإسلام وانتشاره واستقراره . فأفراد المجتمع الجاهلى قد يكونون معذورين بعض الشىء ، أما أفراد المجتمع الإسلامى فلا عذر لهم إذ يجب عليهم أن يتقيدوا بنصوص الشريعة فى كل وقت .

---

(1) الآية رقم 15 من سورة الأسراء .

وعلى أية حال فإن هذا الكلام يجرنا إلى الحـديث عن سلطان العرف على النفوس ولو بشىء من الإيجاز .

سلطان العُرف :

للعرف سلطان على النفـوس ، ليس فى هذا جـدال ، والشـواهد عليـه كثيرة ولعـل من أهمها : عنـايـة الأديـان وحـرصها عـلى تعويـد أتباعهـا عـادات حسنـة وأخـلاقـاً فاضلة ، وخاصة الأطفال منهم والشباب .

ويدل على وجـود هذا المعنى أيضـاً ما تنـاقلته البشـرية وصاغته فى حِكَمٍ وقواعد عامة ، والتى منها : الناس عبيد ما ألفوا ، والعادة طبيعة ثانية ، ومن شب على شىء شاب عليه .

ويدلك على سلطان العرف على النفوس ما يعانيه أكثر الناس ـ إن لم يكونوا كلهم ـ من عدم التوفيق بين قناعاتهم وعاداتهم ، إذ كثيراً مـا تجد إنسـاناً لا يـرى أى فائـدة فى بعض عـاداته ولكنـه رغم ذلك لا يستـطيع الإقـلاع عنها ولعل من هذا النوع ما يحصـل الآن فى أغلب المجتمعات الإسلامية فى الأفراح والمآتم ، من المبالغة فى الانفـاق إلى

درجة الإسراف أحياناً ، في الوقت الذي قد يكون فيه المنفق : أحوج من غيره إلى هذه النفقة .

ولا يمكن التسليم بأن هذا راجع إلى التدين أو الكرم ، فالدين لا يدعوا إلى مثل هذا الإسراف حتى فى الأمور الجادة والمقبولة شرعاً ناهيك عما إذا كانت مخالفة له .

على أن الخضوع لسلطان العرف ليس خاصاً بالأفراد أو الجماعات البسيطة وإنما تستوى فى هذا حتى أرقى الجماعات بل والدول أيضاً ، منذ أقدم العصور، حتى إنك تجد الدول تعد الخبراء والمختصين للإشراف على تطبيق ما يكون سائداً من الأعراف الدولية في المناسبات مثل الاحتفالات واستقبال الرؤساء والسفراء . فيطبقون هذه الأعراف بكل جدية ولا يتهاونون فى أبسط جزئياتها ، ولعلنا لا نبالغ إذا قلنا إن التهاون فى تطبيق الأعراف فى مثل هذه المناسبات ربما نتجت عنه أزمات دولية إن لم تكن حروب .

يقول الشيخ أبو سنة فى شأن سلطان العرف ، بعد أن ذكر أن قداسته تصل عند البعض إلى رتبة الأديان وأنه :

« كالسيل يحتفر طريقه فى الجبل ومن هنا قالوا العادة طبيعة ثانية ، يريدون بذلك أن لها ما يقرب من قوة الطبيعة أى ما فطر الناس عليه ، منذ خروجهم من بطون أمهاتهم . . . كذلك العرف له ما يقرب من هذه القوة[1] .

وقال الأستاذ مصطفى الزرقا : « وللعادات والأعراف سلطان على النفوس ، وتحكم في العقول ، فمتى رسخت العادة ، اعتبرت من ضرورات الحياة ، لأن العمل ـ كما يقول علماء النفس ـ بكثرة تكراره تألفه الأعصاب »[2] .

على أن أقوى وأجل ما يستدل به على قوة سلطان العرف على الناس هو طريقة الإسلام فى هدم بعض العادات الاجتماعية التى وجدها متفشية فى المجتمع ومن أشهر هذا النوع وأوضحه : تدرجه فى تحريم الخمر .

ولعله يدخل فى هذا المعنى ما رواه البخارى عن عائشة

---

(1) أحمد فهمى أبو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 16 .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 836 .

أم المؤمنين رضى الله عنها ، قـالت : « سألت النبى ﷺ عن الجَدَر أمن البيت هو ؟ قال : نعم . قلت : فما لهم لم يدخلوه في البيت ؟ قال : إن قومك قصَّـرت بهم النفقة . قلت : فما شأن بـابه مـرتفعاً ؟ قـال : فعل ذلـك قومـك ليدخلوا من شاءوا ويمنعـوا من شاءوا ، ولـولا أن قومـك حديثٌ عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن أدخل الجدر فى البيت ، وأن ألصق بابه بالأرض »[1] .

وليس لى من تعليق على هذا الحديث سوى أن أقول إنها نهاية طيبة لهذا الفصل ، وفى الـوقت نفسه شـروع مبارك وتهيئة حسنة للفصـل الذى يليـه وهو : حجيـة العرف ، وذلك لما يدل عليه ظاهر هذا الحديث الشريف من اعتراف بسلطان العرف واعتبار للعادات .

---

(1) صحيح البخارى . كتاب الحج باب 42 رقم الحديث 1584 انظر فتح الباري وما قـاله ابن حجـر فى تفسير هـذا الحديث ومـا يستنتج منـه ج 4 ص 448 ط السلفية 1390 هجرى .



الفصل الثاني

حُجِّيَّة العُرف

أصل الأصول

القرآن الكريم هو : أصل الأصول ، ودليل الأدلة وحجة الحجج . وهذا بإجماع المسلمين واتفاقهم والحمد لله . وعليه فكل أصل سواه إنما يستمد أصالته وتثبت حجيته من القرآن الكريم .

غير أن الاستدلال على حجية بقية مصادر التشريع الإسلامي الأخرى ليس على درجة واحدة من الوضوح ، حيث إن حجية بعض هذه المصادر : ثابتة ثبوتاً قطعياً ، وذلك بسبب وضوح معانى الآيات الدالة على ذلك ونقصد بهذا السنة المطهرة . بينما نجد الاستدلال على حجية بقية المصادر تقل كثيراً عن هذه الدرجة فى الوضوح ، على اختلاف فيما بينها هى أيضاً . ومن هنا أجمعت الأمة الإسلامية ـ إلا من شذ ـ على حجية السنَّة واعتبارها

مصدراً بعد القرآن الكريم . واختلفوا فى حجية بقية مصادر التشريع الأخرى، ومنها : العرف والعادة .

وسنورد فيما يلى بعض الآيات التى استدل بها القائلون بحجية العرف مع فقرات من أقوالهم ، ثم ننتقل إلى الاستدلال على حجيته من السنّة ، مع أمثلة من عمل الصحابة والتابعين به ، وكذلك آلائه المجتهدين ثم نسترسل فى تتبع إطراد العمل بالعرف عند مختلف طوائف علماء المسلمين .

الاستدلال على حجية العرف من القرآن:

وأول ما نذكره هنا هو قوله تعالى: ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف﴾[1] .

استدل بهذه الآية على حجية العرف، كثير من الفقهاء أغلبهم من المالكية ، غير أن هذا لا يعنى أن غير المالكية لم يستدلوا على حجية العرف من القرآن ، بل استدل عليه

---

(1) الآية رقم 199 من سورة الأعراف .

بعضهم بهذه الآية ، وبعضهم بآيات أخرى، ولما كان الحديث الآن يخص هذه الآية ، فإننا سنقتصر على ذكر بعض من استدل بها ، على أن نأتى ببقية الآيات الأخرى فيما بعد .

وممن استدل بهذه الآية ابن يونس وأبو الحسن ، وابن الفاكهاني ، والقاضى عبد الوهاب ـ صاحب كتاب المعونة ـ كما أفاد ذلك كله : ابن رحال فى حاشيته[1]. على شرح ميارة للعاصمية ، بالإضافة إلى ابن رحال نفسه .

ومنهم التسولى ، وابن ميسر، والسجتانى ـ ولعله السجستاني ـ كما فى البهجة[2]، وابن الفرس فى أحكام القرآن [3]، والمهدى الوزانى فى نوازله كما فى ملتقى[4]،

---

(1) ج 2 ص 191 ، ج 2 ص 249 .

(2) ج 1 ص 273،27 ، ج 2 ص 67 .

(3) مخطوط بدار الكتب الوطنية بتونس تحت رقم 4923 ج 1 ورقة 232 وما بعدها .

(4) مجموعة بحوث لعدد من الأساتذة ط 1977 م بتونس انظر صفحة 353 وما بعدها .

الإمام محمد بن عرفة ، والشنقيطى فى حسام العدل[1] والإنصاف والسيوطى فى الإكليل[2]، وعبد الله الجوهرى فى المواهب السنية[3] وعلاء الدين الطرابلسى[4] فى معين الحكام ، وابن عابدين فى نشر العرف والقرافى فى الفروق[5] وسلمة ابن الشاط ووافقهما صاحب تهذيب الفروق.

قال ابن الفرس: « . . . فالعرف : متردد بين أن يراد به أفعال الخير ، وبين أن يراد به الأفعال الجارية بين الناس، مما لا يرده الشرع واللفظ مشترك بينهما ، والقول بالعرف الجارى بين الناس أصل مختلف فيه، وأصحاب مالك - رحمه الله تعالى - يستدلون بهذه الآية كثيراً فى إثباته » ولقد ذكر ابن الفرس أكثر من مثال على قضايا

---

(1) مخطوط بدار الكتب الوطنية تونس رقم 6051 .

(2) الإكليل فى استنباط التنزيل ص 110 .

(3) شرح قواعد السيوطى انظر هامش الأشباه للسيوطى ص 163,162 .

(4) انظر الباب الثامن والعشرين .

(5) انظر الفرقين 16 ,231 .

بنيت على العرف والعادة وكان فى كـل قضية منهـا يستدل بهذه الآية على حجية العرف .

ونقل ابن رحال فى حاشيته على شرح ميارة للعاصميـة وهو يتحدث عن تحكيم العرف: قول ابن يونس ونصه : « الأصـل في هـذا قـولـه تعـالى : ﴿ **خـذ العفـو وأمـر بالعـرف** ﴾ فالعرف: فاصل يقضى به . هذا نصه » [1] .

ثم استطرد ابن رحال يقول: « ونقله أبو الحسن وزاد بإثره : والعـرف عندنـا : دليل من أدلـة الشرع ، فيقيـد المـطلق ويخصص العام ، ويكـون شـاهـدا لمـدعيـه [2] . الخ » .

ويبـدو من كلام أبي الحسن وكـذلـك ابن رحـال أنهما يؤ يدان هذا الاستدلال .

ونقل التسولى فى البهجة جواب قاضى القضاة عيسى

---

(1) حاشية ابن رحـال عـلى شـرح ميـارة للعـاصميـة ج 1 ص 191 ط الاستقامة .

(2) حاشية ابن رحال على ميارة ج 1 ص 191 .

السجتانى عن مسألة لها علاقة بالعرف وقعت بين جماعة وقد تضمن جوابه هذا الاستدلال بهذه الآية على حجية العرف ، ونص الغرض منه « . . . حمل أمرهم على ما جرى به عرفهم ، واجب محتم فى القضاء والفتوى لا مندوحة عن ذلك ، قال تعالى : ﴿ **خذ العفو وأمر بالعرف** ﴾[2] .

وصرح السيوطى فى الإكليل بأن الأصل فى اعتبار العرف هو هذه الآية ، ولقد قال بعد أن نقل استدلال ابن الفرس بهذه الآية ما نصه : « وهذه أصل القاعدة الفقهية فى اعتبار العرف ، وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى »[1].

وجاء فى البهجة للتسولى : إن المتيطى نقل عن ابن ميسر أنه يجوز عدم تحديد أجل مؤخر الصداق إذا كان محدداً عرفاً عندهم وحينئذ « فسكوتهما عنه يدل على أنهما

---

(1) البهجة على الحفة ج 2 ص 67 ط 1371 هـ .

(2) السيوطى : الاكليل فى استنباط التنزيل ص 110 ط بيروت .

دخلا على العرف ، والعرف : سنة محكوم بها قال تعـالى : ﴿ خذ العفو وأمر بالعرف ﴾[1].

ولقد استدل بهذه الآية الإمام القرافى فى كتابه (الفروق) مرتين، الأولى فى الفرق (160) وهو يتحـدث عن اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، والثانيـة فى الفرق (231) وهـو يتحدث عن الحيازة .

ونلاحظ أن ابن الشاط الإشبيـلى ـ مؤلف كتاب أدرار الشروق على أنواء الفروق ـ وهو تعقيب على الفروق كما هو معروف . نقول : إن ابن الشاط هذا الذى كان كثيراً ما يـرد على القـرافى عندمـا يختلف معه ، قـد أقره عـلى هذا الاستدلال ، بدليل أنه قال : فى تحقيبه على الفرق (229) « . . . وجميع ما قاله فى الفروق الستة بعده : صحيح ، أو نقل وترجيـح ». كما أن صـاحب تهذيب الفـروق ، وافق القـرافي أيضا، وهـذان الكتابـان مطبـوعان مـع الفـروق للقرافى.

---

(1) انظر البهجة على العاصمية للتسولى ج1 ص 273 .

وقال عبد الله الجوهري فى المواهب السنية عند شرحه للقاعدة العادة محكمة قال تعالى: ﴿ وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين﴾ والعرف هو : العادة .

أما إذا اتجهنا إلى المفسرين ، فسنجد أن كثيراً منهم لجأ إلى ملاحظة المعنى اللغوى للعرف على ما يبدو، ومن هؤلاء: القرطبى والطبرى والشوكانى .

قال القرطبى : « . . . والعرف والمعروف كل خصلة حميدة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس »[1]. وكلام الطبرى[2] والشوكانى[3]: قريب من كلام القرطبى لفظاً ومعنى .

وإذا كان كلام هؤلاء المفسرين هو أقرب إلى التفسير اللغوى، فإن هناك من صرح بأن من ضمن المراد من هذه الآية : العوائد الجارية بين الناس . قال ابن

---

(1) تفسير القرطبى ج 7 ص 346 ط 1966 م القاهرة .

(2) مجمع البيان ج 4 ص 512 .

(3) فتح القدير ج 2 ص 279 ط 1973 م .

الكلبى : « . . . وقيل العرف الجارى بين الناس من العوائد، واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعوائد»[1].

على أن المهم فى هذا الشأن أن الإمام الطبرى لا يستبعد ـ على ما يبدو ـ أن يكون من جملة المراد من لفظ العرف هنا : العرف الجارى بين الناس ، وإن لم يصرح به ، غير أن ظاهر كلامه يشمله بدليل أنه بعد أن أتى ببعض الأحاديث والآثار ، أنهى كلامه بقوله : « . . . فالحق فيه أن يقال قد أمر الله نبيه ﷺ، أن يأمر عباده بالمعروف كله لا ببعض معانيه دون بعض»[2].

فإذا لاحظنا أن من معانى العرف فى اللغة ، العوائد الجارية بين الناس ، فإن الأقرب أن تكون العوائد مرادة هنا عند الإمام الطبرى ، ولا أرى موجباً لقصر كلامه على بعض معانى العرف.

ومهما يكن من أمر وبناء على هذه النصوص التى

---

(1) التسهيل ج 2 ص 106 .

(2) جامع البيان ج 9 ص 106 ط 1972 م .

أوردناها ، ولما يفيده لفظ العرف فى اللغة من تعدد المعانى ، وحيث إن العرف مدخول لـ « الـ » المفيدة للاستغراق كما قال الشيخ أبو سنة ، فإننى لا أرى موجبا للتخصيص ببعض معانى العرف، لأنه تخصيص من غير داعٍ كما قال الألوسى فى شرحه لهذه الآية . وعليه فإننى أتفق مع الشيخ رشيد رضا فى قوله : « إن ما يتقرر بنص الشرع يصير من جملة المعروف الذى هو ضد المجهول ، كما أنه يكون بالضرورة من المعروف الذى هو ضد المنكر، ويبقى تحكيم العرف والمعروف بالمعنى اللغوى معتبراً فيما لا نص فيه بخصوصه وللأمة فيه عرف غير معارض بنص» . المنار ج 9 ص537.

وإذا وجد من ينازع فى الاستدلال بهذه الآية على حجية العرف ـ وإن كانوا قلة ـ ومنهم الشيخ أبو سنة ، فإن الآية التى سنذكرها بعد قليل قد اتفقت حولها آراء معظم المفسرين الذين اطلعنا على تفاسيرهم ، وكذلك استدل بها أغلب الفقهاء وهم يتحدثون عن النفقة وقضاياها ، وجعلوها أصلاً فى صحة الاستئجار بالنفقة ، والآية المعنية

هى الآيـة رقم 233 من سورة البقـرة والمقصود منهـا قولهـا تعالى : -

﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ .

ذهب أغلب المفسرين إلى أن المراد من لفظ المعروف فى هذه الآية هو: المتعارف بين الناس من العوائد، وقالوا: إن فى الآيـة إحالة على العرف والعادة حيث إنها - أى الآية - لم تحدد نوع ولا مقدار ولا صفة الرزق والكسوة الـواجب دفعهما للمرضع مقابـل الإرضاع وعليـه كما يقـول الشيخ عمر عبد الله[1] : فقد استؤنس بها على حجية العرف ، إذ إن هذا - الاستئناس - هو أقل ما يستفاد من هـذه الآية ، ولعل وجه الاستدلال بهذه الآية على حجية العرف يتجلى فى الآتى :

لما كان من المتفق عليه بالإجماع أن الرزق والكسوة هنا هما : عبارة عن أجر ، وأن هذا الأجر فى مقابل عمل وهو

---

(1) أنظر العرف فى الفقه الاسلامى مجلة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 1952 .

الإرضاع ، فلفظ المعروف إذن هنا يستبعد أن يكون المراد مجرد عمل البر والخير وأفعال القربات ، لأن المولود له ملزم بالدفع ، إذا إنه إذا لم يدفع الأجر فستتخلى المرضع عن إرضاع ولده ، بل إن آية الرضاعة فى سورة الطلاق قد حسمت هذا الموقف بذكرها الأجر وذلك فى قوله تعالى : ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾[1] وعليه فيتعين حمل المعروف على ما يتعارفه الناس، والإتيان به فى هذه الآية بعد ذكر الرزق والكسوة غير محددين ، أفاد تحديدهما . فدل هذا على اعتبار العرف.

وإذا صح هذا فإنه لا يهم ـ بعد ـ معرفة ماهية هذا الاعتبار، أو إلى أى مدى وفى أى القضايا يعتبر ، فأقل ما يصدق عليه الاعتبار يكفي العرف أصالة وحجية .

وننتقل الآن إلى إيراد أقوال الفقهاء والمفسرين وما استخلصوه من هذه الآية.

قال الجصاص فى أحكام القرآن ج 1 ص 404 بشأن

---

(1) الآية رقم 6 من سورة الطلاق .

تحكيم العرف والعادة المستخلص من هـذه الآية فى حـالة اختلاف المرضع والمرضع له ، قال : « فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها ، لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقـدار نفقة مثلهـا فى العرف والعاد ، لم يحل، وأجبر على نفقة مثلها » .

واستدل الكاسانى بهذه الآية على أن النفقة غير مقـدرة بل يرجـع فيها إلى العـرف، ورد على من قـال إنها مقدرة بقـوله : «ولنـا قولـه تعالى: ﴿ وعـلى المولـود لـه رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ مطلقاً عن التقدير ، فمن قدر فقد خـالف النص. ولأنـه أوجبهـا بـاسم الـرزق ، ورزق الإنسـان ، كفـايتـه فى العـرف والعـادة كـرزق القـاضى والمضارب». أنظر بدائع الصنائع للكاسانى ج 5 ص2214 ، وذكر السرخسى فى المبسوط أن أبا حنيفة رحمه الله استدل بهذه الآية على صحة العقد بالنفقة ، ويبدو أنه اعتمد على العرف فى تحديدها ، وهو ما خالفه فيـه صاحبـاه ، لأنهما يـريان وجـوب معرفـة مقدار الأجـرة والمـدة. ومما قـالـه السـرخسى فى خصـوص العـادة : « . . .ولأن النـاس

تعارفوا هذا العقد بهذه الصفة وليس فى عينه نص يبطله وفى النزوع عن هذه العادة ، حرج »[1].

واستدل بهذه الآية ابن قدامة فى المغنى على صحة استئجار الأجير بطعامه وكسوته قياساً عليها ، قال : « ولأنه قد ثبت فى الظئر بالآية فيثبت فى غيرها بالقياس عليها ، ولأنه عوض منفعة فقام العرف فيه مقام التسمية كنفقة الزوجة ، ولأن للكسوة عرفاً ـ وهو كسوة الزوجات ـ وللإطعام عرفاً وهو الإطعام للكفارات فجاز إطلاقه كنقد البلد»[2].

وقال ابن العربى فى أحكام القرآن ج 1 ص203 « قوله تعالى بالمعروف يعنى على قدر حال الأب من السعة والضيق» ثم واصل حديثه فى هذا المعنى إلى أن قال : «وحمل على العرف والعادة فى مثل ذلك العمل ولولا أنه معروف ما أدخله الله فى المعروف » .

---

(1) أنظر المبسوط للسرخسى ج 15 ص 119 .

(2) ابن قدامة فى المغني ج 5 ص 365 .

ويؤيد هؤلاء الفقهاء ما ذهب إليه كثير من المفسرين من أن المراد من المعروف فى هذه الآية إنما هو المعتاد بين الناس. قال الطبرى فى جامع البيان « 2 ـ 305» « بما يجب لمثلها على مثله » وذكر القرطبى فى تفسيره نحواً من هذا[1].

وقال الرازى فى مفاتيح الغيب[2] والنيسابورى فى غرائب الفرقان والعبارة واحدة «وأيضاً المعروف فى هذا الباب قد يكون محدوداً بشرط وقد يكون غير محدود إلا من جهة العرف»[3].

وقال أبو حيان فى البحر المحيط: «ومعنى بالمعروف : ما جرى به العرف» وقال ابن كثير فى الجزء الأول ص 305 « أى بما جرت به عادة أمثالهن فى بلدهن» . وفسر

---

(1) القرطبى : الجامع لأحكام القرآن ج 3 ص 167 .

(2) الرازى : مفاتيح الغيب ج 6 ص 120 .

(3) النيسابورى : غرائب الفرقان ج 2 ص 373 هامش تفسير الطبرى .

الشـوكانى فى فتـح القديـر[1] الرزق والكسـوة بما يتعـارفه الناس.

أما أبو السعود والبيضاوى فقد أوكلاه لـرأى الحاكم . وانظر فى هذا المعنى أيضاً ما كتبه الألوسى فى روح المعانى ورشيد رضا فى المنار والتحرير والتنويـر لابن عاشـور عند تفسيرهم لهذه الآية.

وقبل أن ننهى الكلام عن المعروف أود أن أشير إلى أن هذه الآيه التى ذكرناها هنا ، ونقلنـا استدلال الفقهـاء بها وشرح المفسرين لها ، ليست هى الآية الـوحيدة التى ورد فيها لفظ المعروف، بل لقد ورد المعـروف فى آيات كثيـرة وفسر فى بعضها بالمتعارف المعتـاد ومن هذه الآيـات قولـه تعـالى : ﴿ ولهن مثـل الـذى عليهن بـالمعـروف﴾ قـال الـزمخشرى والنيسـابورى وأبـو حيان والنسفى ـ والعبـارة واحدة ـ « بالمعـروف : بالـوجه الـذى لا ينكر فى الشـرع وعادات الناس» .

---

(1) الشوكاني : فتح القدير ج 1 ص 245 .

وذهب الشوكانى فى فتح القدير 1 ـ 236 إلى أن المراد ما هو معروف من عادة الناس. وقال المراغى فى تفسيره « إن بيان حقوق الزوجين موكل إلى اصطلاح الناس، وصرح رشيد رضا بأن في هذه الآية : « إحالة على المعروف بين الناس والله أعلم .

مواضع من آيات أخرى :

بالإضافة إلى ما تقدم هناك مواضع من آيات أخرى استنتج منها بعض العلماء جواز العمل بالعرف والعادة والعلامات والأمارات والقرائن. ومن ذلك ما ذكره ابن رشد في المقدمات ص 622 وهو يبحث في الإجارة بعد أن استدل بقوله تعالى: ﴿ **إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج** ﴾ كأصل فى إباحة الإجارة . قال ابن رشد: « . . . فسمى الأجرة ، وضرب الأجل ، ولم يصف الخدمة والعمل ، لأن العرف والعادة أغناهما عن ذلك » .

وذكر ابن العربى فى أحكام القرآن أثناء تفسيره لسورة

الطلاق عند قوله تعـالى : ﴿ وإن تعاسـرتـم فسترضـع له أخرى ﴾ ما نصه « المسألة الرابعة فى تقدير الإنفاق، أنـه ليس له تقدير شرعى ، وإنما إحالة الله سبحانه على العادة . وهي دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط بـه الحلال والحـرام وقـد أحالـه الله عـلى العـادة فى الكفـارة فقـال «فكفارته» إلى آخر الآية ». أنظر تمامه في الجزء الرابع من أحكام القرآن ص 1842 (*) .

واستدل السرخسى على جواز العمـل بالعـلامة بقـوله تعالى : ﴿ ولو أرادوا الخروج لأعدوا له عدة ﴾[1] وبقوله تعالى : ﴿ تعرفهم بسيماهم ﴾[2] .

كـما استدل المـاوردى عـلى الاجتهـاد فى القبلة بقـولـه

---

* كـان الأولى أن نذكـر كلام ابن العـربي هذا عنـد الحـديث عن الآيـة المتضمنة لحكم نفقة الرضاعة . أرجو المعذرة .

(1) الآية رقم 45 من سورة التوبة .

(2) الآية رقم 273 من سورة البقرة ، وانظر السير الكبير لابن الحسن ج 5 ص 1789 .

تعالى : ﴿ وعلامات وبالنجم هم يهتدون ﴾[1] .

قصة يوسف عليه السلام :

يمكن القول بأن أكثر سورة من سور القرآن الكريم جمعاً للآيات التى استدل بها على صحة العمل بالعلامات والأمارات هى : سورة يوسف عليه السلام ، وخاصة الآيات المتضمنة لقميص يوسف وشاهده ، أو قصته بصفة عامة . واستدل ابن فرحون[2] بفور التنور وفقد الحوت فى قصتى موسى ونوح عليهما السلام .

قال الجصاص وهو يتحدث عن عدم تصديق يعقوب لبنيه : « . . . وهذا يدل على أن الحكم بما يظهر من العلامة فى مثله فى التكذيب والتصديق جائز . . . » انظر تمامة فى ج 3 ص 206 .

وذكر ابن الفرس فى أحكام القرآن : « إن من العلماء من

---

(1) الآية رقم 16 من سورة النحل ، وانظر أدب القاضي للماوردي ج 1 ص 518 .

(2) انظر تبصرة ابن فرحون ، باب العمل بالقرائن .

يحتج بهذه الآية للعمل بالعلامات والأمارات . . . فآيات يوسف ، مقتدى بها معول عليها » وقال ابن العربى وهو يتحدث عن شاهد يوسف : « قال علماؤنا : فى هذا دليل على العمل بالعرف والعادة » ج 3 ص 1085 وقال القرطبى فى قوله تعالى : ﴿ فلما رأى قميصه قُدَّ من دبر ﴾ ، « فى الآية دليل على أن القياس والاعتبار والعمل بالعرف والعادة» . أنظر تفسير القرطبى ج 9 ص 171 ، وانظر أيضاً ما كتبه ابن القيم فى كل من : بدائع الفوائد ج 4 ص 13 ، وأعلام الموقعين ج 2 ص 88 .

وممن بسط القول فى العمل بالقرائن والعلامات : الشيخ عبد الله العلمى فى مؤتمر تفسير سورة يوسف عليه السلام .

وانظر ما كتبه ابن فرحون فى التبصرة ، وعلاء الدين الطرابلس فى معين الحكام ، وعز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام فى مصالح الأنام .

وبعد ، فإننى أكتفى بما قدمته من الآيات على الاستدلال على حجية العرف من القرآن الكريم وما تبع

ذلك من نصوص الفقهاء المعبرة عما فهموه من هذه الآيات .

ورغم أن هذا يكفى دلالة على حجية العرف إلا أننى أنتقل بالحديث الآن لأدلل على هذه الحجية من السنة المطهرة .

الدليل على حُجيَّة العُرف من السُّنَّة

يمكن أن يستدل على حجية العرف بأقسام السنة الثلاثة ، التقريرية والفعلية والقولية ، عند من يقول بحجية جميع أقسام السنة .

ووجه الاستدلال بأقسامها الثلاثة يتضح فى الآتى :

السنة التقريرية[1] :

إن إقرار النبى لبعض العادات الصالحة التى وجدها سارية عند العرب يفيد أن استمرار العادات الصالحة ، أمر مطلوب ، أو على الأقل مباح . إذ لو لم يكن الأمر كذلك لنهى عنه ﷺ ، لأنه يستحيل أن يقر المنكر ويسكت عنه إذا

---

(1) قال ابن تيمية فى رسالة معارج الوصول « والسنة : قوله وفعله وإقراره ، فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة » انظر مجموعة رسائل ابن تيمية ج 2 ص 206 .

علمه . إذن فهذا المبدأ قد تقرر شرعاً وليس هناك ما يمنع من القياس عليه ، إضافة إلى ذلك فإن هناك من ذهب إلى أن حكم استباحة العادات التى أقرهـا النبى ، إنما كـانت بسبب العرف المتقدم[1] .

إذا تقرر هذا فإن النبي ﷺ قد أقر كثيراً من العـادات الصـالحة ، حتى إنـه يمكن القول إنـه يصعب حصرهـا ، وعليـه فسأكتفى بـذكر بعض العـادات التى أقـرهـا النبى ﷺ ، ومن هذه :

نظام الدية والقسامة والكفاءة فى الزواج ، والإجارات والشـركات والـوكـالات والضـرب فى الأرض ، والصيـد والاحتشاش[2] ، وإقراره شعراءه على الغزل والتغنى بذكر النسـاء والخمر ، جـريـاً عـلى عـادة الشعـراء فى مـطالـع قصائدهم . على ما ذكره ابن القيم[3] .

---

(1) الماوردى : أدب القاضى ج 1 ص 432 ص 1972 .

(2) المصـدر السابق وانـظر أفعال الـرسول لمحمـد الأشقر ج 3 ص 130 ط 1978 م .

(3) ابن القيم أعلام الموقعين ج 2 ص 386 ط 1968 م .

السنة الفعلية :

أما وجه الاستدلال بالسنة الفعلية فلا أعتقد أن أحداً من المسلمين ينكر هذا أو يتكبر عن الاقتداء برسول الله والتأسى به ، إذ هو الأسوة الحسنة بنص القرآن الكريم : ﴿ لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة ﴾[1] .

ونلاحظ أننا نقصد بالسنة الفعلية ، غير الفعل الشخصى الخاص به ﷺ ، بل نقصد ما فعله على معهود قومه من المأكل والملبس والتداوى والتطيب ، واستعماله أدوات الحرب المعروفة قبله ، وتربية الخيل وإعدادها للحرب والسباق بينها ، والتدابير الإدارية والمرافق ، واتخاذ الولاة والكتاب ، والأعلام والشعارات . وغير ذلك مما يطول ذكره ويصعب حصره .

ويكفى أن أحيل القارىء على ما جمعه الأستاذ محمد سليمان الأشقر فى كتابه : (أفعال الرسول ودلالتها على الأحكام). وكتاب : (التراتيب الإدارية) لعبد الحى

---

(1) الآية رقم 21 من سورة الأحزاب .

الكتـــانى . و (أعـلام الموقعين) لأبن القيم ، و (أدب القاضى) للماوردى .

السنة القولية :

ورد فى السنـة المطهـرة ما يـدل عـلى صحـة العمـل بالعرف والعـادة ، بل والقـرائن والعلامـات والأمارات . ومن هذه الأحاديث قوله ﷺ :

« ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[1] .

وجه الدلالة من هذا الحديث على صحة العمل بالعرف والعادة ، أنه كان جواباً منه ﷺ لمن سأله عن الخميرة التى يتعاطاها الناس ، على ما ذكره السرخسى ومن هنا استدل بهذا الحديث أغلب الفقهاء من جميع المـذاهب ، حتى إنه يندر وجود كتاب فقهى معتبر لم يذكر فيه هذا الحديث على وجـه الاستدلال . ولكن رغم ذلـك لم يسلم من الـطعن

---

(1) أخرجه الحاكم فى المستدرك والذهبى فى التلخيص كلاهما فى ترجمة أبى بكر الصديق رضى الله عنه انظر ج 3 ص 68 من المستدرك تصويـر المكتب الإسلامى عن طبعة حيدر أباد .

عليه من حيث الرفع والدلالة على المعنى الـذى ذهب إليه الفقهاء .

فمن حيث الرفع قال فيه العلائي : « لم أجده مرفوعـاً فى شىء من كتب الحديث ولا بسند ضعيف . . . وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه [1] .

أمـا الشيخ أبـو سنة فقـد طعن فيـه من حيث الـرفـع والـدلالة معـاً[2] ، واعتراض الشيـخ أبى سنة لا يخلو من وجاهة فى مجمله ، ولكنه فى النهاية هو اجتهـاد منه ، ومـا دام الأمر كذلك فإننى أرى أن اجتهاد الكثرة واتفاقهم على ذلك أقرب إلى الصواب من اجتهاد الفـرد ، عملاً بمنهـج الصحابة رضوان الله عليهم الذى توضحه هذه القصة كما رواها أحدهم ونصهـا : « عن على رضي الله عنـه قال : اجتمـع رأيى ورأى عمـر عـلى عتق أمهـات الأولاد ، ثم رأيت بعـد أن : أرقهن فى كذا وكـذا . قال فقلت لـه :

---

(1) الزيلعى : نصب الراية ج 4 ص 132 ط 2/1973 م .

(2) ابو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص 25 ط 1941 م .

رأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك فى الفتنة »[1] .

فهذا علىٌّ على جلالة قدره فى العلم يقر هذا الصحابى على هذه الملاحظة ولم يرد عليه بشىء .

وحتى مع التسليم بما ذهب إليه الشيخ أبو سنة ، فإن الاستدلال على صحة العمل بالعرف والعادة من السنة ليس محصوراً فى هذا الحديث بل هناك أحاديث أخرى واضحة الدلالة على العمل بالعرف والعادة ، من حيث إنها أحالت تفصيل بعض القضايا عليهما ولما كان من المعلوم أن الشرع لا يرتب حكماً على شىء ليس إلى معرفته سبيل ، إذن يتعين الرجوع إلى العرف فى كل ما ورد عن الشرع مطلقاً .

أما الحديث الذي نراه لا مطعن عليه فى الدلالة على العمل بالعرف والعادة ـ كما يفهم من أقوال أغلب شراح

---

(1) البهيقى : السنن الكبرى ج 10 ص 348 تصوير دار صادر عن ط 1355 هـ .

الحديث ـ فهو قوله ﷺ لهند بنت عتبة عندما شكت إليه شح أبي سفيان ، وأعلمته أنه لا يعطيها ما يكفيها وبنيها من النفقة وسألته عما إذا كان يجوز لها أن تأخذ من ماله بغير علمه ؟ فأذن لها وقال : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » . رواه البخارى فى كتاب البيوع باب 95 ومسلم فى كتاب الأقضية .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث : إحالته ﷺ هنداً إلى ما هو معروف بين الناس فى النفقات ، على ما ذهب إليه أغلب شراح الحديث ـ كما قلت ـ وفى طليعتهم ابن حجر وابن المنير والبدر العينى والنووى .

على أن الجدير بالملاحظة أن الإمام البخارى ـ وهو معروف بالفقه ـ أتى فى صحيحه بهذا الحديث تحت عنوان « باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون »[1] . مما يدل على أنه قصد بهذا التبويب : التدليل على حجية العرف ، وهذا ما صرح به ابن المنير ونقله عنه ابن حجر

---

(1) هو الباب رقم 95 من كتاب البيوع .

فى فتح البارى بقـوله : « قـال ابن المنير : مقصـوده بهذه الترجمة إثبات الإعتماد على العرف »[1] . ثم أضـاف ابن حجـر قولـه « فأحـالها عـلى العرف فيـما ليس فيه تحـديـد شرعى »[2] .

وقال البدر العينى فى عمدة القارى عند شرحه أو تعليقه على هذا الباب : « . . . وهو عـادة الناس ، وهـذا دليل على أن العرف عمل جار »[3] .

وقـال النووى فى شـرح مسلم عند تعليقـه عـلى هـذا الحديث ـ المقصود حديث هند ـ في هذا الحديث فـوائد ، وأخذ يعددها إلى أن قال : « ومنها اعتماد العرف فى الأمور التى ليس فيهـا تحديـد شـرعى »[4] . وقـال السيـوطى : « بالمعروف أى بالقدر المعتـاد بين أهـل العرف »[5] وقـال

---

(1) (2) فتح البارى ج 4 ص 407 .

(3) عمدة القارى ج 12 ص 17 .

(4) أنظر شرح النووى لصحيح مسلم ج 12 ص 7 .

(5) شرح سنن النسائى للسيوطى ج 8 ص 237 ط 1968 م .

الأبى : « فيه مراعاة العرف »[1] .

وإلى هـذا المعنى ذهب كـل من ابن القيم فى عـون المعبود[2] ، والشوكانى فى نيل الأوطار[3] .

وإلى جانب هؤلاء المحدثين ذهب فريق من الفقهاء إلى أن المراد من المعروف فى هذا الحديث هو : المتعارف بـين الناس ، واستدلوا به على أن النفقة غير مقدرة بالأمداد . ومن هؤلاء الكـاسانى فى بـدائع الصنـائـع (5-2214) وابن قدامة فى المغنى 8-197) وعز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام (1-61) الذى قال فى هذا المعنى : « ولم تكن هند عارفة بكون المعروف : مُدَّيْن فى حق الغنى ، ومداً فى حق الفقير ، ومداً ونصفاً فى حق المتوسط ، وقد نص الله على أن الكسوة بالمعروف فى قولـه تعالى : ﴿ **وعـلى المولـود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف** ﴾ وكذلـك السكنى وماعـون الدار ، يرجع فيها إلى العرف من غير تقدير ، والغالب فى

(1) إكمال المعلم ج 5 ص 10 ط 1328 هـ .

(2) أنظر ج 9 ص 448 ط 1969 م .

(3) أنظر ج 7 ص 131 ط 1973 م .

كل ما ورد فى الشرع إلى المعروف أنه غير مقدر ، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف فى الشرع أو إلى ما يتعارفه الناس » .

فالملاحظ من هذا كله أن هنا إجماع ـ أو شبه إجماع. على أن المراد من المعروف فى هذا الحديث هو ما يتعارفه الناس بينهم ويعتادونه فى النفقات . بل لعلنا لا نبالغ إذا قلنا إنه قد يفهم من هذا الحديث : اعتبار حتى الأعراف الخاصة الذى قال به كثير من الفقهاء أو أغلبهم كما سيأتي .

وإضافة إلى الحديثين السابق ذكرهما هناك الحديث الذى رواه مسلم فى صحيحه والذى يدل بظاهره على حث الناس على التفكير فى ابتكار العادات الحسنة والسنن الحميدة والدعوة إلى اتباعها وترغيبهم فى تبنيها ، بوعدهم الأجر والثواب على ذلك .

والحديث المقصود هو قوله ﷺ : « من سن فى الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من غير أن ينقص من أجورهم شىء . . . » إلى آخر الحديث .

يفهم من هذا الحديث أن العادات الحسنة ـ وهى ما تتوافر فيها شروط العرف ـ يطلب التفكير فيها وبالتالى إحداثها واتباعها ، وأكاد أقول إن فى هذا الحديث : دعوة إلى التجديد فى أساليب الحياة ووسائلها ، وليس كل ما أحدث منهى عنه أو غير مرغوب فيه . وهذا ما ذهب إليه النووى فى شرح هذا الحديث وهو ما ننقل بعضه فى الآتى :

قال النووى فى شأن هذا الحديث : « فيه الحث على الابتداء بالخيرات ، وسن السنن الحسنات . . . »[1] ثم قال : « وفى هذا الحديث : تخصيص قوله ﷺ « كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة . . . »[2] وأن المراد به : المحدثات الباطلة والبدع المذمومة ، وقد سبق بيان هذا فى كتاب صلاة الجمعة ، وذكرنا هناك أن البدع : خمسة أقسام واجبة ومندوبة ومحرمة ومكروهة ومباحة » .

وكان النووى قد ذكر فى كتاب صلاة الجمعة من شرحه

---

(1) ،(2) انظر شرح النووى لصحيح مسلم باب الزكاة ج 7 ص 104 .

لصحيح مسلم : أن قوله ﷺ : « وكل بدعة ضلالة » أن هذا عام مخصوص . ثم دلل على صحة رأيه هذا بقوله : « ويؤيد ما قلناه عمر بن الخطاب رضي الله عنه فى التراويح : نعت البدعة . ولا يمنع من كون الحديث عاماً مخصوصاً قوله « كل بدعة » مؤكداً بكل ، بل يدخله التخصيص مع ذلك كقوله تعالى : ﴿ تدمر كل شيء ﴾[1] .

ونلاحظ أن النووى قد أحال على كتابه « تهذيب الأسماء واللغات » فيما يتعلق بهذا الشأن وما ذكره في التهذيب اعتمد فيه على سلفه ـ أو معاصره ـ عز الدين بن عبد السلام الذى وصفه بأنه : مجمع على إمامته ، ونقل ما ذكره الأخير فى كتابه قواعد الأحكام ، ونص ما فى قواعد ابن عبد السلام : « البدعة : فعل ما لم يعهد فى عصر رسول الله ﷺ ، وهى منقسمة إلى : بدعة واجبة وبدعة

---

(1) أنظر ج 6 ص 154 ,155 ط 1972 م من شرح النووى لصحيح مسلم .

على قواعد الشريعـة فإن دخلت فى قـواعد الإيجـاب فهى واجبة وبدعة محرمة وبدعة مندوبة وبدعة مكروهة وبدعة مباحة. والطريق فى معرفة ذلك أن تعرض البدعة على قواعد الشريعة فإن دخلت فى قواعد الإيجاب فهى واجبة ، وإن دخلت فى قواعد التحريم فهى محرمة وإن دخلت فى قواعد المندوب فهي مندوبة وان دخلت فى قواعد المباح فهى مباحة »[1] .

ثم ذكر ابن عبد السلام أمثلة لكل هذه الأقسام ، ومن الأمثلة التى ذكـرها للبـدعة المنـدوبة : « إحـداث الـربط والمدارس وبناء القناطر (ثم عمم بقوله) وكـل إحسان لم يعهد فى الصدر الأول »[2] .

على أن الأهم من كل ما ذكرناه فى هذا الصدد، هو ما نقله النووى فى التهذيب عن البيهقى ونصه : « وروى البيهقى بإسنـاده فى منـاقب الشافعى عن الشـافعى رضى الله عنه فال : المحدثات من الأمور : ضربان ، أحدهما ما أحدث

(1) ، (2) قواعد الأحكام ج 2 ص 173 ط الاستقامة بالقاهرة د/ت .

مما يخالف كتاباً أو سنة أو أثراً أو إجماعاً . فهذه البدعة الضلالة ، والثانية ما أحدث من الخير ، لا خلاف فيه لواحد من العلماء ، وهذه بدعة غير مذمومة ، وقد قال عمر رضى الله عنه ـ فى قيام شهر رمضان ـ نعمت البدعة هذه . يعنى أنها محدثة لم تكن ، وإذا كانت ليس فيها رد لما مضى، هذا آخر كلام الشافعى رضى الله عنه »[1] .

فالملاحظ من هذا كله أن كبار الأئمة لم يمنعوا المحدثات من الأمور بإطلاق ، وإنما منعوا المحدثات الضالة . وهذا ما أيدته السنة العملية ، ويكفى أن نشير هنا إلى تطور هيئة أو موضع أو مكان الخطبة ، أى الذى كان يخطب عليه رسول الله ﷺ وهو ما يمكن أن نسميه بقصة المنبر . والتى نحاول تلخيصها فى الآتى :

قصة المنبر :

ثبت أن النبى ﷺ خطب فى أول عهده بالمدينة مستنداً

---

(1) النووى : تهذيب الأسماء واللغات القسم الثاني ص 23 ط دار الكتب العلمية بيروت .

إلى جذع شجرة ، ثم خطب بعد ذلك على منبر . يقطع بهذا كثرة الروايات التى تضمنت هذا المعنى على تفاوت بينها . وإذا قلنا بصحة جميع الروايات وجمعنا بينها ، فإنه يمكننا القول بأن وضع الخطبة ـ أو مكانها أو هيئتها ـ قد تغير من استناد النبى ﷺ إلى جذع شجرة ، إلى القيام على منبر من طين ، ثم تطوير هذا المنبر وهكذا إلى أن أصبح منبراً من خشب .

وسواء أكان اتخاذ المنبر من تفكير النبى خاصة أو كان بناء على اقتراح بعض الصحابة كما تفيد ذلك إحدى الروايات ، وسواء استشار النبى صحابته ـ فى ذلك التطوير ـ كما تقول إحدى الروايات أو لم يستشرهم كما تقول رواية أخرى ، فإن المتحصل من مجموع هذه الروايات هو تطور هيئة أو موضع الخطابة بأمر من رسول الله أو على الأقل بموافقته . وهذا يدل بظاهره على مشروعية التطور المحمود ، خاصة إذا لاحظنا قصر الفترة الزمنية التى تم فيها هذا التطور[1] .

---

(1) ما ذكرناه هنا بشأن المنبر مستفاد من فتح البارى لأبن حجر ج 2 =

ومن الملاحظ أن لفظ المعروف قد تردد كثيراً فى الأحاديث النبوية فبالإضافة إلى حديث هند المتقدم ذكره هناك قوله ﷺ : ﴿ ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ قال صديق حسن خان : « وقوله بالمعروف : إعلام بأنه لا يجب إلا ما تعورف من إنفاق » [1] .

وإلى جانب ما ذكرناه من الأحاديث فقد وردت ألفاظ مطلقة فى بعض الأحاديث رجع فى تحديدها إلى العرف والعادة ومن ذلك قوله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له » [2] .

فكلمة الإحياء هنا جاءت مطلقة إذ لم يحدد النبي كيفية الإحياء ، فاضطر الفقهاء إلى اللجوء إلى العرف لتحديد ماهية الإحياء ، اعتقاداً منهم أن النبى لم يترك تحديد كيفية الإحياء إلا اعتماداً على العرف لأنه يستبعد ـ إن لم يكن

= ص 398 وما بعدها .

1) فتح العلام ج 2 ص 181 .

2) أنظر شرح ابن العربى لصحيح الترمذى ج 6 ص 146 .

مستحيلاً ـ أن يقصد النبى إلى إصدار أمر أو توجيه ولا يبينه تماماً ، وهو يعلم أنه لا سبيل إلى معرفة المقصود منه .

قال ابن قدامة فى المغنى ـ بعد أن أتى بهذا الحديث ـ وذهب إلى أن المراد من الإحياء هو ما يعد إحياء فى العرف ـ « إن الشرع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ولا ذكر كيفيته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء فى العرف ، كما أنه لما ورد اعتبار القبض والحرز ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، وكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف ، ولأن النبى ﷺ لا يعلق حكماً على ما ليس إلى معرفته طريق فلما لم يبينه ، تعين العرف طريقاً لمعرفته إذ ليس له طريق سواه »[1] .

ولم يقتصر القول على العمل بالعرف فقط عند الفقهاء

(1) ابن قدامة : المغنى ج 5 ص 336 ط 1369 م .

بل تجاوزه إلى القول بحجية العمل بالقرائن مستدلين على ذلك ببعض الأحاديث .

الدليل على حجية العمل بالقرائن :

وردت فى هذا المعنى أحاديث كثيرة ، منها قوله ﷺ : « إذا رأيتم الرجل يعتاد المسجد فاشهدوا له بالإيمان »[1] .

دليل هذا الحديث على أن أى رجل يتعود الصلاة فى المسجد فإنه يجوز لمن يشاهده على هذه الحالة أن يشهد بإيمانه ، وليس من مبرر لهذه الشهادة إلا العادة ، فكانت العادة هنا : قرينة على وجود الإيمان لدى معتاد الصلاة فى المسجد .

ومن هذا أيضاً قوله عليه السلام لجابر بن عبد الله ـ عندما أراد الأخير السفر إلى خيبر ـ « إذا أتيت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته »[2] .

---

(1) السيوطى : الجامع الصغير بشرح المناوى ج 1 ص 357 ط 1938 م .

(2) أخرج هذا الحديث كل من أبى داوود والبيهقى فى السنن الكبرى فى =

يتضح من هذا الحديث أن النبى ﷺ اتفق مع وكيله على أنه متى جاءه أحد وطلب منه ما أودعه النبى عنده ، فما عليه إلا أن يطالبه بالآية التى اتفقا عليها وهى هنا وضع يد السائل على ترقوة الوكيل ، فإذا فعل هذا الفعل كان ذلك قرينة على صدقه ، وهذا وأمثاله كثير فى الحياة العملية بين الناس إلى اليوم .

يضاف إلى ذلك عدم تصديقه ﷺ لأحد ابنى الحقيق اليهودى فى قضية المال الذى خبأه اليهودى وادعى ذهابه بالإنفاق ، فرأى النبى ﷺ أن المال أكثر من أن يذهب أو يستهلك فى مدة قريبة ، قال ابن القيم فاستدل بهذه القرينة الظاهرة على كذبه فى دعواه »[1] .

كما أنه ﷺ حبس فى تهمة[2] ، وما ذلك إلا بناء على

= باب الوكالة فى كل منهما انظر الجزء الخامس من السنن الكبرى ص 80 ط 1352 هـ وانظر الجزء العاشر من عون المعبود لأبن القيم ص 61 ط 1969 م .

(1) ابن القيم : بدائع الفوائد ج 4 ص 14 ط دار الكتاب العربى بيروت د/ت .

(2) المصدر السابق .

بعض القرائن على ما أعتقد .

وفى مـا قدمنـاه من النصوص الشـرعية ـ من الكتـاب والسنة ـ كفاية على حجية العرف ومع يقيننا بصـواب آراء الفقهاء وأقوالهم فى هـذه النصوص ، فـإنه قـد يكون من الأفضل أن نلجأ إلى الصحابة رضوان الله عليهم لنرى ما إذا كانوا يعملون بـالعرف ويقـولون بـه ، لأن فى عملهم به : دليل قوى على صحة رأى من قال بحجية العرف لأننا نعتبـر عملهم ـ فى أغلبه ـ تـرجمة للقـرآن الكريم والسنـة المطهرة .

العُرف عند الصحابة

رغم قصر مدة حياة الصحابة نسبياً الأمر الذى لا يسمح بنشوء أعراف جديدة فى وقتهم ، ورغم ندرة المصادر فى هذا الموضوع حيث إنه لم يفرد بتأليف خاص على ما نعلم ، ولم يركز عليه من كتبوا عن العرف . أقول رغم هذا وذاك فقد أمكن الحصول على ما يدل على عمل الصحابة بالعرف .

ومن ذلك قضاء على كرم الله وجهه فى اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، حيث إنه قضى « بأن ما كان للرجال فهو للرجال وما كان للنساء فهو للنساء »[1] وما هذا إلا عمل بالعرف على ما أرى ، وهو ما أخذ به أغلب

---

(1) البيهقى : السنن الكبرى ج 10 ص 269 .

الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة بل وحتى الشيعة كما فى البحر الزخار والأباضية ، كما فى النيل وشفاء العليل .

والدليل على أن الإمام علياً كان مراعياً للعرف أن قضاءه هذا قد خالف فعله هو نفسه ، لأنه رضى الله عنه كان قد أصدق فاطمة رضى الله عنها : درعه الحديدية ، ولعل هذا ما جعل الشافعى يقول : لو أخذنا بالعرف لأعطينا الرجال ما ليس لهم ، مستدلاً ـ على ما يبدو ـ بصداق فاطمة ، وعمل على .

والذى يظهر لى فى هذه القضية أن الإمام علياً كان فى حكمه هذا مراعياً للعرف ، بينما كان الإمام الشافعى مقتدياً بفعل الإمام على الذى هو : إصداقه فاطمة درعه الحديدية .

ومن عمل الصحابة بالعرف وإقرار النبى لهم : عمل عروة بن الجعد البارقى الذى دفع له رسول الله ﷺ ديناراً ليشترى له شاة ، فاشترى عروة شاتين ، ثم باع إحداهما بدينار ، وجاء إلى النبى بالدينار والشاة الأخرى . فأقره النبي على ذلك ، بل روى أنه دعا له بالبركة .

قال ابن القيم فى أعلام الموقعين 3-4,3 « فباع وقبض وأقبض اعتماداً على العرف » .

ومن هذا أيضاً : اعتماد بلال على العرف فيما زاد لجابر ابن عبد الله عن ثمن جمله الذى اشتراه منه النبى ﷺ عندما قال له : « يا بلال أقضه وزده » قال العلماء : « أطلق النبى الزيادة فاعتمد بلال على العرف »[1] .

ونضيف إلى هذا : قضاء حذيفة لمن إليه عقود القمط[2] فى الأخصاص وإجازة النبى لهذا الحكم ، وإقراره له . وهذا عمل بالقرائن العرفية من هذا الصحابى الجليل على ما أرى كما أن فى هذا إقراراً من النبى للحكم بالقرائن .

ولعل نظرة سريعة فى بعض أفعال الخليفة الراشد عمر بن الخطاب ، توفر علينا الجهد فى الإتيان بالمزيد من الأمثلة ، إذ فى بعض أفعاله واقتباساته من الأنظمة التى كانت سائدة

---

(1) أنظر فتح البارى لابن حجر ج 4 ص 485 ، إرشاد السارى للقصطلانى .

(2) أنظرالبحر الزخار فى فقه الشيعة ج 4 ص 401 والقمط ما تشد به الأخصاص انظر لسان العرب ج 7 ص 385 .

حول العالم العربي ؛ ما يدل على عمله بالعرف على ما ذهب إليه البعض[1] .

على أنه لا يفوتنا أن نذكر بعض ما قام به هذا الصحابي الجليل كدليل على وجود هذا المعنى عنده وهو ما يتضمن احترامه للعادات غير المخالفة للشريعة .

ومن ذلك : إقراره ما قام به المقلسون[2] عند مقدمه إلى الشام ، فقد قام هؤلاء بما كانوا يقومون به عند استقبال الملوك والأمراء من الألعاب وغيرها .

صحيح أنه استنكر في بادىء الأمر ذلك ، إلا أنه وافق أبا عبيدة عندما قال له : « يا أمير المؤمنين هذه سنة العجم ـ أو كلمة نحوها ـ وأنك إن تمنعهم منها يروا أن في نفسك نقضاً لعهدهم . فقال عمر : دعوهم عمر وآل عمر في طاعة أبي عبيدة » .

---

(1) انظر كتاب : منهج عمر بن الخطاب في التشريع للدكتور / محمد بلتاجي ص 480 .

(2) المقلسون جماعة يلعبون بلعبة لهم بين أيدي الأمراء انظر كتاب الأموال لأبن سلام ص 200 ط 1975 م .

ونلاحظ أن أبا عبيدة القاسم بن سلام أرجع ذلك إلى بنود الصلح ولكنني أرى أنه لو كان الأمر كذلك لما خفى هذا عن عمر ، ولأن بنود الصلح دائماً تراعى فيها حرمة واحترام الآداب الإسلامية ، ولا يمكن أن تقر بنود الصلح ما يخالف الشريعة الإسلامية إلا ما يمارسونه ، خاصاً بهم فى بيوتهم وكنائسهم . ألا ترى أنه لا يجوز لهم التعامل بالربا مع المسلمين كما لا يسمح لهم بأن يرفعوا فى نادى المسلمين صليباً ولا أن يخرجوا بالخمر إلى شوارعهم[1] .

والذى أراه أن عمر إنما نهاهم عن ذلك أولاً تواضعاً منه ، فلما علم أن هذا يسىء إليهم تركهم على عرفهم أو ما كانوا يقومون به .

وقال ابن القيم : « وقد اعتمد الصحابة على القرائن فى الحدود فرجموا بالحبل[2] وجلدوا فى الخمر بالقىء

---

(1) انظر فى هذا نصوص المعاهدات فى كتب السيرة وغيرها ، وقد نقلنا هذا النص عن الشيخ المراغى فى كتابه التشريع الإسلامى لغير المسلمين ص 120 .

(2) الحبل : يعنى حمل الأنثى ، وما نقلناه عن ابن القيم هنا انظر فيه =

والرائحة . . . والأمة مجمعة على جواز وطء الزوج للمرأة التى تهديها إليه النساء ليلة العرس ، ورجوعه إلى دلالة الحال أنها هى التى وقع عليها العقد وإن لم يرها ولم يشهد بتعيينها رجلان ، ومجمعة على جواز أكل الهدية وإن كانت من فاسق أو صبي . ومن نازع فى ذلك لم يمكنه العمل بخلافه وإن قاله بلسانه . ومجمعة على جواز شراء ما بيد الرجل ، اعتماداً على قرينة كونه فى يده وإن جاز أن يكون مغصوباً .

وأرى أننى لست فى حاجة أن أقول إن ابن القيم يقصد من هذا الإجماع : إجماع الصحابة قبل غيرهم .

= الجزء الرابع من كتاب بدائع الفوائد ص 14 . الناشر المكتب الاسلامى دمشق .

العرف عند التابعين

من جملة الأبـواب التى تضـمنهـا صـحيـح الإمـام البخارى : باباً خاصاً بالعرف أتى فيه بأحاديث وبعضاً من عمل التابعين بالعرف والعادة أذكـر منها : إحـالة شـريح الغزالين على عرفهم ، وجوار كراء الدواب على العرف .

قـال البدر العينى أثنـاء حديثـه فى أول هـذا البـاب : « وحاصل الكلام أن البخارى قصد بهذه الترجمة : إثبات الاعتماد على العرف »[1] .

وفيـما يخص شريحـاً قـال : « إن أنـاسـاً من الغـزالـين

---

(1) ،(2) ،(3) البدر العينى : عمدة القـارى ج 12 ص 16 ط دار المعرفـة د/ت .

اختصموا إلى شريح فى شىء كان بينهم ، فقالوا : إن سنتنا بيننا كذا وكذا . فقال شريح سنتكم : بينكم . يعنى : عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة »[1] .

ومما جاء فى هذه الترجمة أو هذا الباب الذى أشرنا إليه آنفاً : « أن الحسن البصرى اكترى حماراً فقال : بكم ؟ قال : بدانقين . فركبه ثم جاء مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه . [قال البدر العينى] قوله ولم يشارطه يعنى : الأجرة اعتماداً على الأجرة المتقدمة للعرف بذلك »[2] .

وذكر القرطبي فى تفسيره[3] أن القاضى إياس بن معاوية كان يعمل بالقرائن والعلامات .

وجاء فى السنن الكبرى للبيهقى أن الحجاج بن يوسف قضى فى متاع البيت بأن ما للرجل فهو للرجل وما للنساء فهو للنساء .

ونلاحظ أن الحجاج كان على غير علم بقضاء على فى

---

(1) .(2) .(3) المصدر السابق .

هذه القضية الذى سبق أن ذكرته ـ على ما يبدو ـ لأنه لما أخبر بأنه ـ أى الحجاج ـ قضى بما قضى به علىٌّ من قبله شرح وقال لمحدثه : « ويحك إنا لا ننقم على علىٍ قضاءه ، قد علمنا أن علياً كان أقضاهم »[1] .

وجاء فى كتاب الآثار لأبى يوسف ، أن إبراهيم النخعى كان يقول بمثل هذا .

ومن هذا تغير رأى عمر بن عبد العزيز فى عدم الأخذ بشهادة الرجل مع اليمين على ما ذهب إليه البعض[2] . لأن عمر كان يقول بهذا عندما كان فى المدينة ، فلما ذهب إلى الشام غير رأيه ، وامتنع عن ذلك ، ولما خوطب فى هذا قال : « إنا كنا نقضى بذلك فى المدينة فوجدنا أهل الشام على غير ذلك »[3] .

---

(1) المصدر السابق .
(2) تفسير القرطبى ج 9 ص 174 .
(3) السنن الكبرى للبيهقى ج 10 ص 269 .
(4) الدكتور محمد يوسف موسى : تاريخ الفقه الإسلامى ص 217 .
(5) أبو يوسف : كتاب الآثار ص 157 .

النساء قوله : « . . . إنها على قدر اليسار ، إذ العرف يقتضيه ، فيحمل مطلق الآية عليه »[1] .

ونضيف أن اليسار أمر نسبى ، وربما لا يعرف إلا بالعرف والعادة[2] .

ونشير إلى اختلاف أبى حنيفة وصاحبيه فى اللؤلؤ هل هو من الحلى ؟ وهو ما ذهب إليه الصاحبان ، أم ليس منه؟وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة .

احتج الصاحبان على إمامهما بقوله تعالى : ﴿ **يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا** ﴾[3] وبقوله تعالى : ﴿ **وتستخرجون منه حلية تلبسونها**﴾[4] .

ورغم قوة هذين النصين إلا أن أبا حنيفة مع ذلك لم يذهب إلى ما ذهب إليه الصاحبان متمسكا ـ كما يرى

---

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر احكام القرآن للجصاص ج 1 ص 479 ط 1347 هـ وعمدة القارى ج 11 ص 189 والمبسوط للسرخسى ج 5 ص 193 .

(3) الآية رقم 23 من سورة الحج .

(4) الآية رقم 14 من سورة النحل .

الإمـــام أبـــو حنيفـــة أســـاســـا ينـبنى عـليـــه الحنـث فى الإيمان . . . » .

ويرى الدكتور عطية مشرفة أن مذهب أبى حنيفة يتميز « بكثرة اعتماده على القياس ، وفى اعتماده العرف : أصلاً يرجع إليه في كثير من المسائل » . انظر كتاب القضـاء فى الإسلام للدكتور مشرفة .

ومما يدل عـلى اعتبار أبى حنيفـة للعرف أنـه كان يفتى فيمن حلف لا يأكل رأساً ، أنه يحنث بـأحد ثـلاثة من الرؤ وس ، وهى رؤ وس : الإبل والبقر والغنم . بناء على أن هذه الرؤ وس كانت تكبس فى الأفران وتباع مشوية فى المطاعم ، فلما أقلع الناس فى الكوفة عن كبس رأس الإبل أفتى أبو حنيفة بأنه : لا يحنث برأس الإبل . انظر كشف الأسرار على أصول البزدوى ج 2 ص 97 .

ومن ينـظر فى كتب الحنفية كـالمبسوط للسـرخسى مثلاً يجـد كثيراً من المسائل التى بنى فيها أبو حنيفـة رأيه عـلى العرف . وسيأتى أن أبا حنيفة قد تأثر بالعرف حتى فى فهم المراد من بعض نصوص القرآن الكريم .

الصاحبان والعرف :

تقدم أن الإمام أبا حنيفة أخذ بالعرف ، ولقد تبعه صاحباه محمد بن الحسن ، وأبو يوسف ، بل لقد توسعا فى الأخذ بالعرف وخاصة أبو يوسف الذى ربما ترك النص وعمل بالعرف إذا كان النص معللاً به أو مبنياً عليه وتغير ذلك العرف وذلك كما فى الكيل والميزان .

ومما يدل على عمل الصاحبين بالعرف إفتاؤهما بعدم حنث من حلف لا يأكل رأساً إلا : برأس الغنم خاصة ، وذلك بناء على ما شاهداه من عادة الناس من أنهم لا يكسبون فى التنانير ويبيعونها مشوية إلا رأس الغنم[2] .

ومن هذا : إفتاؤهما بخلاف ما كان يفتى به أبو حنيفة من تضمين الصباغ إذا غلط وصبغ الثوب باللون الأسود ، لأن اللون الأسود كان فى زمن أبى حنيفة ، غير مرغوب فيه ، وبالتالى فإن صبغ الثوب باللون الأسود تعييب

---

(1) القرنشاوى وآخرين : الموجز فى أصول الفقه ص 283، 284 .

(2) البزدوي : كشف الأسرار ج 2 ص 98 .

لـه . فلما جاء العباسيون واتخـذوا اللون الأسـود شعـاراً لدولتهم تغيرت عـادة الناس وأقبلوا عـلى اللون الأسود ، وكان من ذلك أن أفتى الصاحبان بعدم التضمين[1] .

كذلك فإن الصاحبين أفتيا بوجوب دفع التعويض على من أتلف دودة القز ، بعد أن كان الإمام أبـو حنيفة يفتى بعدم التعويض ،لأنها لا مالية لها فى نظره ،وإنما هى كبقية هوام الأرض . فلما اعتاد الناس تربيتها اختلف الوضع ، وأصبحت لها بذلك قيمة مالية فأفتى الصاحبـان بماليتها ووجوب التعويض على من أتلفها بناء على هذه العادة .

وأخيـراً نشير إلى أن الإمـام محمد بن الحسن إنمـا أجاز استقراض الخبز بناء على تعارف الناس[2] .

الإمام مالك والعرف :

يعتبر الإمام مالك أشهر من أخذ بالعرف حتى استفاض هـذا بين النـاس إلى درجة أن البعض يخصـونـه بـه دون

---

(1) القرنشاوى ومن معه الموجز في أصول الفقه ص 283 .

(2) أنظر المبسوط للسرخسى ج 4 ص 31 .32 .

غيره . ومجمل القول أن الإمام مالكاً رفع من قيمة العرف إلى أن خصص به عام القرآن ، كما ذهب إليه ابن العربي في أحكام القرآن حيث قال : « ولمالك في الشريفة رأى خصص به الآية ، فقال إنها لا ترضع إذا كانت شريفة »[1] .

كما صرح الإمام الشاطبي « بأن مالك بن أنس من مذهبه أن يترك الدليل للعرف »[2] ولابن الكلبي في البحر المحيط نحو من هذا . وعلى العموم فأخذ مالك بالعرف أمر يعرفه الجميع ، وعليه فلا نرى داعياً للإطالة في هذا الموضوع .

الإمام أحمد والعرف :

قال ابن القيم وهو يتحدث عن البينة موضحاً أنها أنواع كثيرة وأن منها « القرائن الظاهرة عند الجمهور كمالك

---

(1) ج 1 ص 204 .

(2) أنظر الاعتصام ج 2 ص 41 ط /دار المعرفة د/ت .

وأحمد وأبي حنيفة »[1] وبعد أن ذكر أنواعاً منها قال « وقد أرشد الله سبحانه إليها في كتابه حيث حكى عن شاهد يوسف اعتباره قد القميص وحكى عن يعقوب وبنيه أخذهم البضائع التي باعوا بها بمجرد وجودهم لها في رحالهم اعتماداً على القرائن الظاهرة بأنها وهبت لهم ممن ملك التصرف فيها ، وهم لم يشاهدوا ذلك ولا علموا به ولكن اكتفوا بالقرينة الظاهرة »[2] وحسبك أن ينقل ابن القيم الإجماع على الرجوع إلى القرائن ، وهذا ما جاء في قوله : « والرجوع إلى القرائن في الأحكام متفق عليه بين الفقهاء بل بين المسلمين كلهم »[3] .

وذكر ابن قدامة في المغني « إن لأحمد قولاً في جواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته » . انظر المغني ج 5 ص 364 .

وجاء في التبصرة لابن فرحون أن مالكاً وأحمد لا يقبلان قول المرأة التي تدعى أن زوجها لم ينفق عليها في ما مضى من الزمن وهما في بيت واحد لأن ذلك قرينة دالة على

---

(1) .(2) .(3) أنظر في هذا كله بدائع الفوائد لابن القيم ج 4 ص 14 .

كذبها . أنظر البابين 57، 70 من تبصرة ابن فرحون .

على أن الذى يقطع بأخذ الإمام أحمد بالعرف هو ما يفيده أخذه بحديث ضعيف فى رأيه ، والحديث المقصود هو قوله عليه السلام : « العرب بعضهم لبعض أكفاء إلا حائكاً أو حجاماً » قال ابن قدامة فى المغنى : « قيل لأحمد رحمه الله وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه يعنى أنه ورد موافقاً لأهل العرف »[1] .

الإمام الشافعي والعرف :

الإمام الشافعى هو أول من ألف فى أصول الفقه على ما يرى أغلب العلماء ولم يتعرض إلى ذكر العرف ، أو لعله لم يتضح قوله فيه . ولكنه من حيث العمل كان يعتبره ، إذ قد رويت عنه قضايا بناها على العرف أو أحالها عليه . بل هناك من يرى أن سبب تغييره لكثير من الأحكام التى كان قد تبناها فى مذهبه القديم إنما كان ذلك بسبب اعتباره لعرف أهل مصر . أنظر أصول الفقه لخلاف ص 69 .

---

(1) ابن قدامة : المغنى ج 7 ص 38 ط ك 1969 م .

ولعل من هذا القبيل ما جاء فى المهذب للشيرازى فى باب الوصية ، فيمن قال : « أعطوه دابة ، فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً ، واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس : هذا قاله على عادة أهل مصر ، فإن الدواب فى عرفهم : الأجناس الثلاثة . . . » أنظر تمامه فى المهذب ج 1 ص 465 .

وقال الماوردى فى أدب القاضى فى سعة الطريق « فعند الشافعى يكون معتبراً بما تدعو الحاجة إليه فى الدخول والخروج ، وما جرت العادة بحمل مثله إليه »[1] .

وذكر عز الدين بن عبد السلام أن للشافعى قولاً فى تقدير نفقة الزوجات بالمعروف ، أى بالعرف . وجاء فى حاشية عميرة[2] على المنهاج وهو يتحدث عن الكسوة قوله : « وقد نص الشافعى فى البويطى على اعتبار كسوة بلدها بمثلها » .

---

(1) أنظر أدب القاضى للماوردى ج 1 ص 208 .
(2) أنظر حاشية عميرة على المنهاج ج 4 ص 73 .

وقال القرافى فى الفرق 133 : «إن من حلف لا يفعل شيئا حيناً أو زمناً ، ففى المدونة يساوى : سنة . وعند الشافعى : يحمل على العرف» .

ونقل السيوطى فى الأشباه (ص 95) عن الشيخ أبى زيد قوله : « لا أدرى [على] ماذا بنى الشافعى مسائل الأيمان إن اتبع اللغة » .

وأخيراً نشير إلى ما ذكره ابن القيم من أن الشافعى « اعتبر قرائن الأحوال فى أكثر من مائة موضع » أنظر أعلام الموقعين (4-378) .

هذا ما يخص مؤسسى المذاهب الأربعة ـ كما اتفق عليس تسميتها ـ وأود أن أشير إلى أننى قصدت بالحديث عن هؤلاء الأئمة : الاستغناء عن تتبع كثير من الفقهاء ، لأقول إنهم قالوا بالعرف ، لأن فى ذكر مؤسسى هذه المذاهب غنى عن ذلك ، حيث إن كل من أتى من الفقهاء وتمذهب بأى من هذه المذاهب فإنه فى الأغلب يكون موافقاً لرأى إمامه فى القول بالعرف .

وهناك علماء آخرون ـ من غير هذه المذاهب قالوا

بـالعرف وإن لم أعـثر إلا على القليـل مما نسب إليهم من القضايا التى قالوا فيها بالعرف نظراً لانقراض مذاهبهم من جهة ، ولعدم اطلاعى الكافى من جهة أخرى . ومع ذلك فقـد وجـدت أقـوالاً لهؤلاء ، ومنهم الأوزاعى والثـورى والليث بن سعد .

قال أبو معاذ : رأيت سفيان الثورى جاء إلى صـاحب الـرمان ، فـوضع عنـده فلساً ، وأخـذ رمـانـة ولم يتكلم ومضى . أنظر فى هذا فتح القدير ج 6 صفحة 252 .

عـلى أننى أكتفى هنا بـالإشارة إلى أن الإمـام البخـارى رضى الله عنه اهتم بالعرف اهتماماً كبيراً ، ويتضح هـذا من كثـرة الأبـواب التى أفـردهـا فى صحيحـه والآثـار والأحاديث والآيات الواردة فى العرف ، وهذا ما ذهب إليه أغلب شـراح صحيحه ، ومن هـذه الأبواب التى أفـردها للعـرف قولـه : بـاب من أجـرى أمـر الأمصـار عـلى مـا يتعارفون . . .

العُرف عند الأصوليين

مما نحمد الله عليه ؛ عدم وضـوح المذهبيـة فى أصول الفقه كوضوحها فى فروعه ، وإذا وجد شىء من هذا فهو قليل إلا أننا ـ ولسبب تنظيمى أو شكلى ـ سيكون عرضنا لآراء الأصـوليين عـلى شكل تنسب فيـه كل مجمـوعة إلى مذهبها ، على أننا سنتـوسع فى الحـديث ـ أو نركـز ـ على اثنـين من الأصـوليـين همـا : الإمـام الغـزالى ، والإمـام الشاطبى ، وذلك نظراً لأن الأول منهما لا يقـول بالعـرف على ما يرى البعض، والآخر : أكثر من ذكر العادة .

وعموماً أقول : إذا اعتبرنا التخصيص بالعادة ، نوعـاً من العمل بالعـرف ـ وهو كـذلك فى نـظرى ـ فإنـه يمكن القول : إن أغلب الأصوليين يقولون بالعـرف . ذلك أن كلهم ـ أو جلهم ـ يقولون بالتخصيص بالعادة ، وإذا كان

بينهم خلاف فإنما هو فى بعض أنواع هذه العـادة ، إذ إن بعضهم لا يقول بالتخصيص بالعادة الفعلية ، وإنما يقصر التخصيص على العادة القولية .

إذن فالتخصيص بالعادة القوليـة محل اتفـاق بينهم ، وهذا ما صرح به الكثيرون كما سيتضح فى الآتى .

الأصوليون من الأحناف :

قال ابن الهمام في التحـرير « العـادة : العرف العمـلى مخصص عند الحنفية خلافاً للشافعية ، كحرمت الطعام ، وعادتهم أكل البر : انصرف إليه وهو الوجه ، أما بالعرف القولى : فاتفاق »[1] .

وجـاء فى مسلم الثبـوت أن : « العــرف العمــلى : مخصص عندنا »[2] وجاء فى أصول السرخسى ـ فى فصل ما تترك به الحقيقة ـ قوله : « وهى خمسة أنـواع ، أحدهـا :

---

(1) ج 2 ص 21 ط صبيح .

(2) ج 1 ص 271 ط كردستان العلمية 1326 هـ .

دلالة الاستعمال عرفاً ، والثانى : دلالة اللفظ »[1] وأخذ يعددها إلى أن بلغ بها خمساً ثم قال : « فأما الأول فنقول : تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفاً ، لأن الكلام موضوع للإفهام والمطلوب به ما تسبق إليه الأوهام . . فما تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان ذلك ـ بحكم الاستعمال ـ كالحقيقة فيه . . . »[2] .

وفى أصول البزدوى : تترك الحقيقة « بدلالة الاستعمال والعادة »[3] وعلى العموم فإن الحنفية يقولون بالتخصيص بالعادة بنوعيها القولية والعملية ، ولهذا أنكروا على من خالفهم ، واستدلوا على صحة رأيهم بأن القاسم المشترك بين النوعين ـ أو السبب فى إعمالها ـ هو المعنى المتبادر فهمه عند سماع العادة .

قال صاحب مسلم الثبوت مدللاً على أنه لا فرق بين العادة القولية والعملية : « . . . لنا الاتفاق على فهم لحم

---

(1) (2) ج 1 ص 190 ط دار المعرفة 1973 م .

(3) انظر كشف الأسرار ج 2 ص 95 ط دار الكتاب العرفى 1974 م .

الضأن بخصوصه فى : اشترى لحماً وقصر الأمر عليه ، إذا كانت العادة أكله ، وما ذلك إلا لتبادر الخصوص ، وهو متحقق فى العملى فيخصص كالقولى »[1] .

وقال الشيخ محمد بخيت المطيعى فى حاشيته على سلم الوصول ج 1 ص 474 : « فالقول بالتخصيص بالقولى وصيرورته قرينة دون العملى : تحكم صريح لا يسمع » .

والذى أراه أن حجة الأحناف هنا قوية وما لجأ إليه مخالفوهم كابن الحاجب وغيره من أن هناك فرقاً بين المطلق المقيد ، والعام المخصوص ؛ غير واضح . وعليه فإن « الفرق بين المطلق المقيد ، والعام المخصوص كما فى شرح المختصر : لغو »[2] .

الأصوليون من الشافعية :

يبدو أن أكثر الشافعية يقولون بالتخصيص بالعادة القولية ، حتى إن الأسنوى نفى الإشكال فى هذا بقوله :

---

(1) مسلم الثبوت ج 1 ص 271 ط كردستان العلمية 1326 هـ .

(2) مسلم الثبوت ج 2 ص 272 .

« لا إشكال فى أن العادة القولية : تخصص العموم ، نص عليه الغزالي وصاحب المعتمد والآمدى ومن تبعه »[1] كما عزا هذا القول فى التمهيد للرافعى .

على أنه يمكن القول إن بعض الشافعية يقولون بالتخصيص حتى بالعادة العملية ، وهذا ما يفهم من كلام بعضهم ، ومنهم التفتازانى فى التلويح حيث جاء فيه قوله « وأما العادة ، فلو حلف لا يأكل رأساً ، فالرأس ـ وإن كان مستعملاً عرفاً فى كل رأس حيوان ـ إلا أنه معلوم عادة أنه غير مراد ، إذ لا يدخل فيه عادة رأس العصفور والجراد فيخص بما يكون متعارفاً بأن يكبس فى التنانير ويباع مشوياً »[2] .

ونلاحظ أننا إذا اعتبرنا بيع المعاطاة نوعاً من العادة الفعلية وهو كذلك لأنه بدل الإيجاب والقبول وهما

---

(1) الأسنوى : نهاية السول ج 2 ص 470 .

(2) سعد الدين التفتازانى : التلويح على التوضيح ج 1 ص 42 ط صبيح 1957 م .

لفظان كما هو معلوم نقول إذا اتفقنا على هذا فإنه يمكن القول بأن كثيراً من الشافعية يقولون بالتخصيص بالعادة العملية . وأشهر هؤلاء : ابن سريج الذى خرج بيع المعاطاة ـ أو قاسه ـ على أحد قولى الشافعى فى الهدى « إذا قلده صاحبه فهل يصير بالتقليد هديا منذوراً ؟ . . . والقديم من مذهب الشافعى أنه يصير ، ويقام الفعل مقام القول »[1] .

قال النووى فى المجموع بعد هذا الكلام : « واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً ، وقال مالك : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة تعد بيعاً صحيحاً ، وأن ما عده الناس بيعاً فهو بيع : صاحب الشامل والمتولى والبغوى »[2] .

---

(1) ، (2) انظر المجموع شرح المهذب للنووى ج 9 ص 162, 163 مصور عن طبعة التضامن 1348 هـ .

الأصوليون من الحنابلة :

يمكن القول ـ بصفة عامة ـ إن موقف الحنابلة من العرف يكـاد يتفق ومـوقف الشـافعيـة منـه ، حيث إنهم ـ أى الحنابلة ـ متفقون على القول بـالعرف القـولى أما العـرف العملى ، فمنهم من قال به ومنهم من منعه ، وأفصّل القول فيه على النحو الآتى : ـ

أما اتفاقهم على التخصيص بالعـرف القولى فقـد ذكره ابن رجب فى القـاعدة الحـادية والعشـرين بعد المـائـة من قواعده ونصه : « . . . فى تخصيص العموم بالعرف ، وله صورتان ، إحداهما أن يكون قد غلب استعمـال الاسم العام فى بعض أفراده حتى صـار : حقيقة عـرفية ، فهـذا يخص به العموم بغير خلاف » وفى المسودة لابن تيمية أنـه « إن كانت العادة فى استعمال العموم ، مثل أن يحرم أكل الدواب والدواب فى اللغة : اسم لكـل ما دب ، وتكـون عادة الناس : تخصيص الدواب بالخيل مثلاً . فإنا نحمل الدواب على الخيل ، وليس هذا بتخصيص على الحقيقة ،

وإنما هو تخصيص بالنسبة للغة . . . »[1] .

هذا ما يخص العرف القولى وهو متفق عليه كما يتضح من النصين الماضى ذكرهما . أما بالنسبة للعادة الفعلية أو العرف العملى ففيه : خلاف أو لعل الصحيح أن هذا الخلاف فى بعض الصور بناء على ما يفهم من المسائل التى ذكرها ابن رجب فى القاعدة 122 من قواعده ، والتى منها : « لو وصى لأقاربه أو أهل بيته . قال أحمد ـ فى رواية ابن القاسم ـ إذا قال لأهل بيتى أو قرابتى ، فهو على ما يعرف من مذهب الرجل إن كان يصل عمته وخالته ، وأن الاعتبار بمن كان يصله فى حياته بكل حال ، فإن لم تكن له عادة بالصلة ، فهى لقرابة الأب . . . » .

ومنها : « لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة ، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون خلاف » .

وفى المسودة لابن تيمية قريب من هذا ، بل ربما يفهم من بعض كلامه ـ أو من كلام القاضى ـ أن التخصيص

(1) أنظر المسودة ص 123 .

إنما يكون بالعرف الفعلى دون القولى ، ويتضح هذا من قوله : « وقد رأيت بحوث القاضى فى الفقه - فى مسألة الوصية لأقاربه وبعض مسائل الأيمان - ذكر فيها : إن اللفظ العام يخص بعادة المتكلم وغيره فى الفعل لا فى القول ، وكلام أحمد يدل عليه فيمن أوصى لقرابته فإنه قال : أشهر الروايتين أنه ينصرف إلى من كان يصله فى حياته ، وهذا تخصيص للعموم بالعرف الفعلى دون القولى »[1] . غير أنه قد قال ببعض القيود على ذلك .

ثم عقد فصلاً امتدح فيه العادة الفعلية قال فيه : « تخصيص العموم بالعادة ، بمعنى قصره على العمل المعتاد : كثير المنفعة ، وكذا قصره على الأعيان التى كان الفعل معتاداً فيها زمن التكلم . ومن هذا : قصر أحمد لنهيه ﷺ عن البول فى الماء الدائم ؛ على ما سوى المصانع المحدثة بعده ، وكذلك قصر النهى عن المخابرة وكراء الأرض والمزارعة على ما كانوا يفعلونه »[2] .

---

(1) ،(2) أنظر المسودة لابن تيمية ص 123 وما بعدها .

وخلاصة القول : إن ابن تيمية وبعض الحنابلة يعتبرون العرف بنوعيه القولى والعملى ، ولا يبعد أن يكون موقفهم من العرف العملى أقرب إلى المالكية منهم إلى الشافعية .

وبهذا ينتهى الحديث عن رأى الأصوليين ـ أو بعضهم على الأصح ـ فى القول بالعرف والعادة . ونلاحظ أننا لم نتعرض لموقف الأصوليين من المالكية لغلبة القول بالعرف بنوعيه عندهم ولم يخرج عن إجماعهم ـ على ما علمت ـ إلا القرافى ، فى ما يخص العرف العملى .

أما الآن فنتحدث عن موقف الغزالى عن العرف وهو ما سبق أن وعدنا به

الإمام الغزالى والعرف :

لعل الحديث عن الإمام الغزالى وموقفه من القول بمراعاة العرف والعادة يثير الاستغراب عند البعض ، ذلك لأن الغزالى لم يَعدَّ العرف مصدراً من مصادر التشريع عندما عدد هذه المصادر فى كتاب المستصفى ، إضافة إلى

أنه شافعي المذهب الذى يصر البعض على القول بعدم اعتداده بالعرف .

غير أن من يتتبع كتب الغزالى ـ وخاصة المستصفى ـ يرى عكس هذا حيث إن الغزالى احتج بالعادة فى أكثر من موضع من كتبه بما فى ذلك إحياء علوم الدين . ويهمنا هنا أن نذكر بعض هذه المواضع التى ذكر فيها العادة ونبدأ بالمستصفى .

قال الغزالى فى الباب الثالث فى الأدلة التى يخص بها العموم والتى منها عادة المخاطبين ملخصاً بذلك رأيه « . . . وعلى الجملة فعادة الناس : تؤثر فى تعريف مرادهم من ألفاظهم ، حتى إن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه ؛ العذب البارد ، لكن لا تؤثر فى تغيير خطاب الشارع إياهم »[1] .

ووصف العادة بأنها « أصل يستفاد منها معارف » وقال

---

(1) المستصفى ص 350 ط 1971 م .

بخصوص القرائن : كل ما ليس له عبارة موضوعة فى اللغة فتتعين فيه القرائن .

ويكفى الغزالى اهتماماً بالعادة أن يذكرها ما يقرب من ثلاثين مرة فى المستصفى ، وأن يدلل بها على صحة الإجماع وتعريف الصحابى ، بل وأكثر من ذلك أن يستدل بالعرف والعادة على أن القرآن[1] المكتوب فى المصحف الآن هو كلام الله لم ينقص منه ولم يزد عليه شىء .

على أننا إذا اتجهنا إلى بعض كتب الغزالى الأخرى نجد المزيد مما يستدل به على عمل الغزالى بالعرف والعادة .

ولو أخذنا مثلاً كتابه : إحياء علوم الدين لكفانا عن غيره لما فيه من المسائل المبنية على العرف والعادة .

ومن ذلك ما قاله عن الأكل على السفرة « . . . وما يقال إنه أبدع بعد رسول الله ، فليس كل ما أبدع منها : منهياً عنه ، بل المنهى عنه : بدعة تضاد سنة ثابتة وترفع

---

(1) أنظر المستصفى المطبوع على هامشه مسلم الثبوت ج 1 ص 101 .

أمرا من الشرع مع بقاء علته ، بل الإبداع قد يجب فى بعض الأحوال إذا تغيرت الأسباب »[1] .

وعندما تحدث عن الأكل فى السوق كان من جملة ما قاله فيه : « . . . وهو مختلف بعادات البلاد وأحوال الأشخاص . . . »[2] .

وقال فيمن ترك صابوناً فى الحمام أو شيئاً مزلقاً ـ بحيث تتعذر رؤ يته ـ فزلق به إنسان وانكسر عضو منه فالضمان متردد بين تاركه وصاحب الحمام ثم قال : « والوجه إيجاب الضمان على تاركه فى اليوم الأول وعلى الحمامى فى اليوم الثانى ، إذ عادة تنظيف الحمام كل يوم معتادة ، والرجوع فى مواقيت إعادة التنظيف إلى العادات فليعتبر بها »[3] .

وفى باب البيوع وعندما تعرض لبيع المعاطاة أجاب عما استشكل فيه من خلوه من اللفظ المشتمل على الإيجاب والقبول . قال الغزالى فى هذا الشأن « فهو أن يجعل الفعل

---

(1) انظر الإحياء ج 2 ص 300 .

(2) نفس المصدر .

(3) نفس المصدر ج 2 ص 344 .

باليد ـ أخذاً وتسليماً ـ سبباً ، إذ اللفظ لم يكن سبباً لعينه بل لدلالته . وهذا الفعل قد دل على مقصود البيع دلالة مستمرة فى العادة ، وانضم إليه : مسيس الحاجة وعادة الأولين واطراد جميع العادات بقبول الهدايا من غير إيجاب وقبول مع التصرف فيها وجميع ضوابط الشرع ـ فيما يعلم بالعادة ـ كذلك ينقسم إلى أطراف واضحة وأوساط مشكلة »[1] .

ولعل من الغريب حقاً أن يذهب الإمام الغزالى إلى اعتبار الأعراف حتى لغير المسلمين ، حيث إنه أفتى بوجوب احترام عرف اليهودى الذى أجر نفسه للعمل مدة معينة . وخلاصة القضية أن الإمام الغزالى اسْتُفْتِىَ فى حكم السبوت التى تتخلل المدة المؤجر عنها اليهودى إذا لم يستثنها فى العقد هل يمنح فيها ذلك اليهودى راحة يوم السبت دون أن يخصم منه الأجر ؟ فأجاب : « إذا أطرد

---

(1) نفس المصدر ج 2 ص 180 .

عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتصريح بالاستثناء »[1] مما يفيد اعتبار الإمام الغزالى لهذا العرف . أبعد هذا يقال : إن الغزالى لا يقول بالعرف ؟ .

الإمام الشاطبى والعوائد:

ليس بمستغرب أن يقول الإمام الشاطبى بالعرف والعادة ، إذ قد قال بهما جمهور المالكية وهو واحد منهم ، ولكن لعل الغريب أن يتوسع فى هذا القول على الوجه الذى سار عليه فى الموافقات ، إذ لا يكاد ينتهى من المقدمات - التى قدم بها لهذا الكتاب - حتى نجده يقرر قاعدة فقهية يقول فيها : « وثبت فى الأصول الفقهية امتناع التكليف بما لا يطاق ، وألحق به : امتناع التكليف بما فيه حرج خارج عن المعتاد ، فإذاً كل أصل شرعى تخلف عن جريانه على هذا المجرى - فلم يطرد ولا استقام بحسبها فى العادة - ليس بأصل يعتمد عليه ، ولا قاعدة يستند إليها»[2].

(1) السيوطى : الأشباه ص 99 .

(2) الموافقات ج 1ص 58.

ثم يعود إلى هذا المعنى ليؤكد أن «التشريع إنما هو جار على توسط مجارى العادات ، وكونه شاقاً على بعض الناس أو فى بعض الأحوال ـ مما هو على غير المعتاد ـ لا يخرجه عن أن يكون مقصوداً له ، لأن الأمور الجزئية لا تخرج الأصول الكلية »[1].

وفى الجزء الثانى يعود إلى هذا المعنى ، أو قل يواصل الحديث فيه مع إدخال بعض المعانى الأخرى القريبة من هذا فيقول : « فلهذا المعنى بعينه وضعت العمليات على وجه لا تخرج المكلف إلى مشقة يمل بسببها ، أو إلى تعطيل عاداته التي يقام بها صلاح دنياه ، ويتوسع بسببها فى نيل حظوظه»[2].

وهكذا يسير الشاطبى فى الموافقات تصحبه العادة من آن لآخر منوهاً ومشيداً ومعللاً بها بعض الأحكام .

وحسبك أن يدافع عن بعض ضروب الهوى ـ وهو أى

---

(1) نفس المصدر ج 1 ص 222 .

(2) المصدر السابق ج 2 ص 65.

الهوى واتّباعه ـ أقسى ما طُعِن به على العرف، يقول الشاطبى :

الهوى ليس بمذموم إلاَّ إذا خالف الشريعة » ومن ثم فإن « الأعمال التى يكون الحامل عليها مجرد الهوى والشهوة ـ من غير التفات إلى خطاب الشرع فيها، كالأكل والشرب والنوم وأشباهها والعقود المنعقدة بالهوى ـ ولكنها وافقت الأمر أو الإذن الشرعى بحكم الاتفاق لا بالقصد إلى ذلك فهى أعمال : مقرة شرعا لموافقتها للأمر أو الإذن . . . » .

وما دام أنه ليس بالإمكان الإتيان بكل ما ذكره الإمام الشاطبى فى العادة مع عدم اللزوم له فإننى أكتفى إضافة لما تقدم بأن أقول : إن هذا الإمام قال بوجوب اعتبار العرف والعادة « العوائد الجارية : ضرورية الاعتبار » ويكفى أن يحيل على العرف والعادة لمعرفة المصلحة ، وأن يجعلها مساعدة للشريعة فى معرفة بعض الأشياء « والتوسط يعرف بالشرع وقد يعرف بالعوائد» .

ومعلوم أن الشاطبى ليس هو الوحيد من المالكية الذين قالوا بتحكيم العرف، وهذا أمر معروف لدى الجميع وإنما

خصصناه بالحديث لأنه أكثر من ذكر العادة كما قلت لأبرهن أن العادة لا تختلف عن العرف.

وما دام الأمر كذلك فإننى أختم الكلام فى هذا الشأن بأن ألفت النظر إلى أن من المالكية من حاول التماس المبرر للعمل بالعرف عند جميع الأئمة لا لخصوص المالكية ولعل هذا ما يفهم من قوله : « إن قاعدة الفقهاء وعوائد الفضلاء أنهم إذا ظفروا للنوع بمدرك مناسب وفقدوا غيره ، جعلوه معتمداً لذلك النوع فى حق الإمام المجتهد الأول الذى أفتى بذلك الفرع ، وفى حقهم أيضاً فى القياس والتخريج ، واستقراء أحوال الفقهاء فى مسلك النظر وتحرير الفروع يقتضى الجزم بذلك . فكذلك يجب هنا .

ونحن إذا استقرينا هذه المسائل فلم نجد لها مدركاً مناسباً إلاَّ العوائد فوجب جعلها : مدرك الأئمة إفتاء وتخريجاً ، والعدول عن ذلك بعد ذلك إنما هو التزام للجهالة . . . »[1].

---

(1) انظر الفرق الثانى من فروق القرافى المسألة الثالثة.

ومما قاله فى هذا المعنى : « . . . وقد وقعت هذه المسألة بين الصحابة وبين التابعين رضى الله عنهم ، ولم نجد أحداً فى كتب الفقه والخلاف روى عن أحد منهم أنه روى فى ذلك حديثاً ، فلم يبق إلاَّ العوائد»[1].

وحسبك أن يصف القرافى كل من لم يحكم بالعادة الحاضرة بالمعصية والإثم بقوله « فهذه قاعدة لا بد من ملاحظتها ـ وبالإحاطة بها يظهر لك غلط كثير من الفقهاء المفتين ، فإنهم يجرون المسطورات فى كتب أئمتهم على أهل الأعصار فى سائر الأعصار ، وذلك خلاف الإجماع وهم عصاة آثمون عند الله تعالى » أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى . . .

---

(1) المصدر السابق .

شروط العُرف

ذكرنا من الأدلـة الشرعيـة ما يكفى دلالـة على حجيـة العرف، ثم أتبعناها بطائفة من أقوال الصحابة والتـابعين والمجتهـدين من علماء الشـريعـة وعملهم به ،والآن يبـرز سؤال مهم جداً هو : هل كل مـا يتعارفـه الناس تشمله الأدلة السابق ذكرها ؟ أو قل: هل جميـع الأعراف تقـرها الشريعة وبـالتالى يجب احتـرامها والعمـل بها؟. الجـواب يحتاج إلى تفصيل يتضح فى الآتى :

قلنا فى التمهيد : إن الشريعة الإسلامية تفادت ما وقع فيه غيرها من الأنظمة والقوانـين الأخرى من القصـور أو التقصـير تجاه الأعـراف ، حيث لم تشتـرط فى العـرف مـا اشتـرطته الشـريعة الإسـلامية فيـه ، وإنما اكتفت ببعض الشـروط ومنها عـدم مخالفـة العرف للنـظام العام أو روح القانون .

أمـا فى الشريعـة الإسلاميـة فقـد استنبط الفقهـاء من مجموع النصوص شروطاً للعمل بالعرف إذا توافرت فيه ؛ تحقق نفعة وانتفى ضرره وأصبح واجب التطبيق وهذا هو المقصود والمراد فى جميع الأدلة المتقدم ذكرها .

أما إذا فقد العرف أحد هذه الشروط فإنه بذلك يكون عرفاً فاسداً ومن ثم لا تنسحب عليه الأدلة المذكورة وهـو بالتالى واجب الترك . أما الشروط المطلوبة فهى :

1 ـ يجب أن يكون العرف مطرداً أو غالباً[1]، بمعنى أنه يكون دائماً أو غالب التطبيق فيما تعورف فيه ، ذلك « لأن عمـل القوم بـه أحيانـاً إذا صلح دليلاً عـلى قصـدهم إلى تحكيمه ، فإن تركهم له أحياناً مماثلة أو أكـثر ينقض هذه الدلالة»[2]. ومن ثـم فإن لمن يريد الخروج على العرف من

---

(1) أنظر فى هذا البهجة للتسولى ج 2 ص 247، نظرية العرف للدكتور/ عبد العزيز الخياط ص 52خ والأشبـاه والنظائـر لكل من السيـوطى وابن نجيم .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2ص875 .

أحد المتعاقدين أن يدفع بعدم إطراد العرف، وربما قال: إن العرف فى هذا غير دائم التطبيق، وهو إنما دخل على عدم تطبيقه، وهذا من الناحية العملية أو الواقعية : محتمل ، لأنه ليس هناك ما يستدل به على عكس ما يدعى على وجه الجزم .

وتفادياً لهذا اشترط الفقهاء : إطراد العمل بالعرف المراد تحكيمه أو غلبته على الأقل . قال ابن نجيم : « إنما تعتبر العادة : إذا أطردت أو غلبت »[1]. وهو ما يفيده كلام السيوطى[2] والرملى[3].

وقال عز الدين بن عبد السلام : « واختلف فى وجوب الحبر على الناسخ ، والخيط على الخيّاط لاضطراب العرف فيه »[4]. وقد حرص هذا الإمام على ترديد الإطراد فى

---

(1) ابن نجيم فى الأشباه .

(2) الأشباه للسيوطى ص 92.

(3) نهاية المحتاج ج 5 ص 296.

(4) انظر فى هذا قواعد الأحكام ج 2 ص 109 .

العرف والعادة ، مما يمكن القول معه بأنه يشترطـه قال فى جـواز التقاط كـل مال حقـير : « . . . فإنـه يجوز تملكـه والاتفاق به لإطراد العادات ببذله »[1].

وقال فى شأن وقت التدريس فإنه «محمول عـلى البكور لإطراد العرف بذلك »[2].

وقـال ابن القيم فى الأيمـان الـلازمـة : « . . . ومن لم يعلم مقتضى ذلك ولم يقصده ، ولم يقيده العرف الغـالب الجـارى ، لزمـه فيها كفـارة ثلاثـة أيمان »، ثم نقـل عن الباجى قولـه : « . . . ومن شيوخ عصـرنا من كـان يفتى فيهـا بـالـطلاق الثـلاث بنـاء عـلى أنـه العـرف المستمـر الجارى»[3].

وبهـذا يتضح أن العـرف إذا لم يكن مـطرداً أو غـالب التـطبيق فإنـه لا يجوز الاحتكام إليه ، وبـالتـالى لا يصلح مستنداً للأحكام .

2 ـ أن يكون العرف قائماً وقت إنشاء التصرف، قـولا

---

(1)،(2) المصدر السابق .

(3) أعلام الموقعين ج 3ص 79 .

كان ذلك التصرف أو فعلاً .

هذا الشرط ضروري جداً لأنه يمنع من تطبيق غير الأعراف المعاصرة والمتعامل بها وقت التصرف، ولولا هذا الشرط لجاز تطبيق أعراف منقرضة قبل التصرف أو حادثة بعده ، وفي كلتا الحالتين صرف لإرادة المتصرف عن حقيقة قصده ، الأمر الذي يتضمن تعييناً للإرادة وهو ما ينافي الرضا المطلوب شرعاً لجواز أي تصرف.

قال القرافي : « القاعدة أن من له عرف وعادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه ، . . . أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق، فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة ، ونظيره إذا وقع العقد في البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود: لا عبرة به في هذا البيع المتقدم وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد: لا تعتبر، وإنما تعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها . . . . . »[1].

---

(1) تنقيح الفصول ص 94 المطبعة الخيرية.

وقال السيوطى : « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ إنما هو : المقارن السابق دون المتأخر »[1]، ثم نقل عن الرافعى ما يشبه أن يكون تعليلاً لذلك فقال : « قال الرافعى : العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيها فيما يروج فى النفقة غالباً ، ولا يؤثر فى التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها»[2]. وفى أشباه ابن نجيم : ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارىء .

ومن نتائج هذا الشرط أنه إذا « تبدل عرف الناس مثلاً فيما يعد عيباً فى المبيع أو فيما يدخل فى البيع تبعاً للمبيع أو تقسيط أجرة العقارات ، . . . إلى غير ذلك من الشؤون فإن العرف الحادث لا يسرى على التصرفات السابقة، ولا يبدل شيئاً من أحكامها والتزاماتها ، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة فى ظله»[3]. كما يقول الأستاذ الزرقا.

ومما يمكن أن يذكر فى هذا المجال: ما لاحظه الدكتور

---

(1) ، (2) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص 96 مطبعة الحلبى 1959 م .

(3) المدخل الفقهى العام ج 2ص 878 وما بعدها .

عبد العزيز الخياط فيما يخص تخفيض قيمة العملة الذى تجريه بعض الدول من وقت لآخر ، والذى وقع بسببه خلاف بين التجار والاقتصاديين لما يجره من الضرر على بعضهم[1].

يرى الدكتور الخياط أنه مثلاً « لو كان لإنسان على آخر دين بمبلغ ألف دينار ثم خفضت العملة بواقع عشرة فى المائة ، فمراعاة للعرف المقارن لوقت الاستدانة فإنه يجب على المدين أن يدفع للدائن : ألف وتسعين ديناراً تقريباً ، حتى لا يتضرر الدائن من هذا التخفيض» . فلو روعى هذا الشرط لم يحصل ما يحصل الآن من الأضرار والخلافات .

3 ـ أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه[2].

فإذا اتفق المتعاقدان على تصرف لا يتفق مع العرف فإنه يجوز لهما ذلك وعندئذ لا يُحكِّم العرف هنا ، وذلك لأن تحكيم العرف فى النوازل إنما يصار إليه بافتراض أن

---

(1) نظرية العرف ص 56 وقد نقلنا عنه بتصرف .

(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 879.

المتصرفين : عالمان وراضيان به ، وهذا « منه قبيل الدلالة فإذا صرح بخلافه بطلت هذه الـدلالة ، إذ من القـواعد الفقهيـة المقـررة أنـه : لا عبـرة للدلالـة فى مقـابلة التصريح »[1].

وبالإضافة لما تقدم فإن العرف مهما بلغت قوته فـإنه لا يقوى على أن يقف حجر عثرة في سبيل حرية المتعاقدين ، فإذا رأى الطرفان أن الأصلح لهما : تجاوز العرف فلهما أن يتفقا على خلافه .

وكمثل على ذلك فإذا فـرض أن أجر العـامل : خمسـة دنانير فى اليوم والعرف أو القانون يحدد مدة العمـل بسبع ساعات . فإذا رغب صاحب العمل فى إنجاز عمله فى مدة أقـل - كأن يخشى إتـلاف زرعه مثـلاً - فـاتفق مـع أحـد العمال أو مجموعة منهم على أن يدفع لكل عامل : ثمانى دينارات مثلاً على أن تزيد مدة العمـل عما عليـه الناس ،

---

(1) المـادة 13 من مجلة الأحكام العـدلية . وانـظر البهجة للتسـولى ج 2 ص 66.

فهذا اتفاق على خلاف العرف من حيث كمية العمل فى اليوم ، وهو جائز شرعاً لتوافر الرضى وسلامة الإرادتين عند التعاقد، ولو أخضعنا المتعاقدين للعرف لكان فى ذلك مصادرة على حرية المتعاقدين . ولا يقدح فى هذا قول بعضهم: «لا يخرج عن العرف إلا الشاذ»[1]. لأن ذلك قد يراد به : الخروج عن العرف من طرف واحد ، ولا ما أفتى به ابن رشد كما سيأتى عنه .

4 ـ ألا يكون فى العمل بالعرف: تعطيل لنص شرعى ثابت[2].

لعل هذا الشرط هو أهم شروط العرف وهو فى الوقت نفسه أقل ما يتطلبه أى تشريع يراد له البقاء. ذلك لأنه لو سمح بنشوء أعراف تخالف نصوص التشريع من كل وجه فهذا يعنى أنه لا معنى لهذا التشريع .

---

(1) انظر حاشية ابن رجال على ميارة شارح العاصمية ج 1ص 175.

(2) ، (3) , (4) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 880 ، 898 وما بعدها .

ورغم ذلك فقد استطاع فقهاء الشريعة الاسلامية ـ بثاقب فكرهم وغزارة فقههم ـ أن يلائموا بين بعض النصوص وبين الأعراف التى تخالفها فى بعض مشتملاتها ، ويتضح هذا فى الآتى :

أدرك الفقهاء أن النص الذى يخالفه العرف لا يخلو ، إما أن يكون نصاً خاصاً فى عين المسألة التى جرى فيها العرف بالمخالفة ، وإما أن يكون نصاً عاماً يتناول ما جرى فيه العرف وغيره .

وكذلك عرَّف الفقهاء أيضاً أن العرف إما أن يكون عاماً أو خاصاً ، وقولياً أو عملياً ، وفى كل إما أن يكون العرف مقارناً للنص ـ وأحرى أن يكون سابقاً له ـ أو حادثاً بعده . وواضح أنه لا مجال لإعمال العرف الحادث فى مقابلة النص فاستبعدوه بجميع صوره وأنواعه إلا فى حالة واحدة وهى : « ما إذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع مبنياً على عرف قائم أو معللاً به ، فإن النص عندئذ يكون عرفياً ، فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله » . عند بعض الفقهاء وإن كانوا قلة .

وأشهر من قال بهذا: الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة رضى الله عنهما ، الذى كان يقول فى مقياس الأموال الربوية : « إن النص فى مقياس تلك الأصناف الستة معلل بالعرف. فإنما ورد النص بلزوم التساوى فيها كيلاً أو وزناً لأن هذا مقياسها فى عهد النبى ﷺ ، فلو كان العرف فيها على مقياس آخر : لورد النص معتبراً فيها ذلك المقياس »[1].

وقال المرغينانى فى الهداية فى هذا المعنى : « . . . ، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة ، وعن أبى يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً ، لأن النص على ذلك لمكان العادة ، فكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت ».

ويؤيد هذا ما نقله ابن المرتضى فى البحر الزخار عن بعض كبار الأئمة من آل البيت حاكياً عنهم بقوله : « والاعتبار بعادة البلدان فى المكيل والموزون ، إذ ورد

---

[1] أنظر الهداية وشرحها للمرغينانى ج 3 ص 62 مطبعة الحلبى .

تحريم التفاضل فيها مطلقاً فليعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن ، كاعتبار نقد البلد فى الأثمان والرطل والمن »[1].

ويبدو أن ابن المرتضى يميل إلى هذا القول ، بدليل أنه بعد أن أتى ببعض الأقوال التى تمسك أصحابها بالنص قال : « قلت الخبر لا يقتضى بظاهرة ما ذكروه ، ولعله ﷺ أراد أنه يرجع إليها عند اللبس، فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما : رجع إلى قفيز المدينة ورطل مكة إذ هما منشأ ذلك ، فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر»[2].

أما إذا تعارض العرف مع نص شرعى عام ـ يكون ما تناوله العرف بعض مشتملات ذلك النص ـ فله أحوال نبينها على النحو الآتى :

إذا كان العرف عرفاً قولياً عاماً موجوداً عند صدور النص ـ ولم يلغ ذلك العرف من قبل الشارع ـ فإن هذا

---

(1) , (2) أنظر ج2 ص 335.

العرف يجب اعتباره بدون خلاف نعلمه ، فيقيد مطلق النص ويخصص عامه ويبين إجماله . ومثاله تخصيص مالك للآية الكريمة التي نظمت إرضاع الأم لولدها ، فإن الإمام مالكاً قال : إن المرأة الشريفة لا يجب عليها ذلك .

غير أن هذا كله مشروط بعدم ورود نص آخر يخصصه، ولا يوجد من القرائن ما يأبى ذلك[1].

أما إذا كان العرف عرفاً عملياً - مع توافر الشروط والمحترزات السابق ذكرها - فإنه يعتبر عند الحنفية ، والمالكية باستثناء الإمام القرافى على ما ذهب إليه البعض .

ونلاحظ أن القرافى قد تبعه بعض المتأخرين من المالكية ، ومنهم خليل بن اسحاق صاحب المختصر .

هل بقى شيء من شروط العرف؟

اقتصر أكثر الذين كتبوا فى تاريخ التشريع وأصوله من المتأخرين على ذكر أربعة شروط للعرف، وهناك من أضاف

---

(1) الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 894 .

شرطاً أو شرطين . ولعل أهم هؤلاء الشيخ أبو سنة الذى أضاف شرطين آخرين ، هما : كون العرف ملزماً ، وكونه عاماً .

واستدل على ذلك بقولين أحدهما للخمى ونقله عن تبصرة بن فرحون فى هدية الثواب ونصه ـ كما نقله الشيخ ـ «قال اللخمى : الشأن فيما يهديه الصديق أو الجار فى العرس والولائم : الثواب ، إلا أنهم يختلفون فى القيام ، فإن ثبت أن مثله يطلب الثواب فله ذلك ولورثته»[1]. كما ذكر مثالاً آخر عن ابن نجيم .

والذى أراه أن هذين الشرطين ـ وإن كانا يلزمان عند البعض وربما فى بعض الصور ـ إلا أنهما ليسا كذلك بإطلاق ، أعنى أن هذين الشرطين لم يقل بهما جمهور الفقهاء ، وإن كانا لا تأباهما قواعد الشريعة العامة كما يقول الشيخ أبو سنة ، ولكن من الناحية الواقعية فإن هذين

---

(1) أنظر العرف والعادة فى رأى الفقهاء للشيخ أبى سنة ص 66 ، 67 فى كل ما نقلناه وننقله فى موضوع الشرطين الخامس والسادس .

الشرطين لم أعثر على من قال بهما باستثناء الشيخ أبي سنة .

فمثلا شرط اللزوم لم يقل به أحد ، وهذا ما صرح به الشيخ أبو سنة نفسه بقوله : « لم أظفر فى كتب الفقه بنص يصرح به » ومن هنا حاول ضبطه على وجه التقريب « فى العرف الذى ضمن الحق على وجه الإلزام» .

وإذا كان الشيخ قد أتى بقول واحد دلل به على وجهة نظره فهناك أقوال كثيرة تعارضه، ومن ذلك ما جاء فى المغنى لابن قدامة فى شأن هدية الثواب ونصه : « والهدية المطلقة لا تقتضى الثواب ، سواء كانت من الإنسان لمثله أو دونه أو أعلى منه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى الهبة لمثله أو دونه كقولنا ، فإن كانت لأعلى منه ففيها قولان للشافعى »[1].

ليس هذا فحسب بل جاء فى الإقناع وشرحه «إن الهدية

---

(1) أنظر المغنى لابن قدامة ج 6ص 66.

لا تقتضى عوضاً ولو مع عرف»[1].

أما شرط العموم فكما قال الشيخ أبو سنة بالنسبة للمالكية على الأقل «على كثرة استعمالهم للعرف لم أقف لهم على اشتراط العموم فيه ، ومعلوم مما تقدم اعتبارهم لعرف أهل المدينة الخاص»[2].

على أن أقصى ما يمكن قوله فى شرط العموم بالنسبة للعرف عند كل الفقهاء هو ما إذا كان المراد من العرف: تخصيص أو تقييد النصوص الشرعية عند من يقولون بالتخصيص به، أى أن القائلين بالتخصيص بالعرف يمكن أن نتصور منهم اشتراط العموم فيه ، وهذا لا إشكال فيه ، لأن العرف المؤثر فى النصوص الشرعية هو عام بطبيعته ، حيث إنه يفترض أن يكون موجوداً زمن التشريع ، أما الأعراف فى غير هذا المعنى - الذى هو

---

(1) أنظر كشاف القناع للبهوتى ج 4 ص 300.

(2) أنظر العرف والعادة للشيخ أبى سنة عند حديثه عن الشرطين الخامس والسادس.

تخصيص النصوص وتقييدها ـ فإنه لا يشترط فيه العموم وهو على كل حال مختلف فيه ، وسيأتى الحديث عنه بتفصيل أكثر عند البحث فى تعارض العرف العام مع العرف الخاص.

وقضية تعارض العرف الخاص مع العرف العام تجرنا إلى الحديث عما يتعارض معه العرف بصفة عامة ، ومن ذلك تعارضه مع اللغة ومع العرف الشرعى ومع الأصل وكذلك تعارض الأعراف الجديدة مع الأعراف القديمة وهذه الأمور هى التى ننتقل بالحديث إليها ونوالى عرضه على النحو الآتى.

تعارض العُرف مع غيره

قد يتعارض العرف مع اللغة ومع عرف الشرع ومع الأصل، كما قد يحصل التعارض داخل العرف نفسه ، وذلك بأن يتعارض العرف العام مع العرف الخاص، والعرف الجديد مع العرف القديم . وسنوجز الحديث فى هذا الموضوع على النحو الآتى :

تعارض العرف مع اللغة:

ذهب كثير من الفقهاء إلى تقديم العرف على الوضع اللغوى عند التعارض ومن هؤلاء: الغزالى والقرافى وابن عبد السلام والبغوى وابن عابدين وغيرهم.

قال السيوطى فى الأشباه : « والإمام والغزالى يريان : اعتبار العرف» وذكر أن صاحب الكافى نقل وجهين فى هذه المسألة « أحدهما وإليه ذهب القاضى الحسين : الحقيقة

اللفظية ، عملاً بالوضع اللغوى . والثانى وعليه البغوى : الدلالة العرفية ، لأن العرف يُحكَّم فى التصرفات ، سيما فى الأيمان » [1]

وقال القرافى : « . . . وبالجملة ، دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة ، لأن العرف ناسخ للغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ »[2] .

ونسب السيوطى إلى الشيخ أبى زيد قوله : لا أدرى على ماذا بنى الشافعى الأيمان إن اتبع اللغة[3] .

وعن ابن عابدين أنه « إذا تعارض الوضع الأصلى والوضع العرفى ترجح الوضع العرفى»[4] وأفرد ابن عبد السلام قاعدة فى بناء الأحكام على العرف إذا لم يضطرب ، وإلا رجع إلى اللغة[5] . وفى كشاف القناع ما يفيد تقديم

---

(1) الاشباه للسيوطى ص 94.
(2) تنقيح الفصول للقرافى ص 94.
(3) الأشباه للسيوطى ص 95.
(4) رفع الانتقاض لابن عابدين ج 1 ص 304.
(5) قواعد الأحكام ج 1 ص 300 .

العرف على اللغة « وإن كان الذى اعتادوه مخالفاً لحقائقها الأصلية اللغوية»[1].

وقال ابن الشاط « . . . ففى الفتوى المعتبر : النية فإن لم تكن فالوقتى ، فإن لم يكن فالشرعى ، فإن لم يكن فاللغوى العرفى ، فإن لم يكن فاللغوى الأصلى. فإن اجتمع في اللفظ الأصلى والعرفى والشرعى والوقتى ، فالمعتبر : الوقتى . وفى الحكم لا تعتبر النية ويعتبر ما عداها . . . »[2].

تعارض العرف العادى مع العرف الشرعى :

اختلفت الأئمة فى تقديم العرف الشرعى على العرف العادى ، وظهر ذلك واضحا فى الأيمان ، فلقد نقل عن الشافعى أنها تحمل على الحقيقة اللغوية وعند مالك :

---

(1) كشاف القناع للبهوتى ج 6ص 304.

(2) ابن الشاط إدرار الشروق على أنواء الفروق أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى .

المعتبر الاستعمال القرآنى ، وعند أحمد تحمل الأيمان على النية[1].

أما الأحناف فإن القاعدة عندهم أن : الأيمان مبنية على العرف[2]. ولهذا فإنهم يقولون في من حلف لا يدخل بيتاً ودخل مسجداً: لا يحنث بناء على هذه القاعدة[3].

على أن هذه القاعدة لم يلتزموا بها بإطلاق، بل صرح ابن نجيم بأن هناك استثناء على هذه القاعدة[4]، ويبدو أن الإمام القرافى أقرب إلى أتباع هذه القاعدة وربما دل على هذا قوله : « القاعدة : كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه»[5] ومن ذلك أيضاً قوله : « . . . إن لفظ الشرع يحمل على عرفه ، فإن تعذّر : حُكِّمَتْ فيه العوائد»[6].

وقال السيوطى إن تعارض العرف العادى مع العرف

---

(1) (2) أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 5 ص96 .
(3) المصدر السابق.
(4) ابن نجيم : الاشباه ص 96 .
(5) أنظر الفرق الثالث من فروق القرافى .
(6) أنظر الفرق 192 من فروق القرافى .

الشـرعى له صـورتان : « إحـداهما أن لا يتعلق بـالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحماً : لم يحنث بالسمك ، وإن سماه الله لحماً . والثانى أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال . فلو حلف لا يصلى لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود. . . »[1].

ولعـل مـا ذهب إليـه السيـوطى هــو الأقـرب إلى الصواب ، لما فيه من التوفيق بين العرف والشرع ولو من الناحية الأدبية .

تعارض العرف العام مع العرف الخاص :

تعارض العرف العام مع العـرف الخاص من المسـائل التى لم يعالجها الفقهاء كما ينبغى ، إذ كثيراً ما كانوا يعبرون بمطلق العرف، وقليلاً ما يتعرضون للفرق بينهما والمهم الآن هو معرفة متى يقدم العرف العام على العرف الخاص، على أن العرف العام ذاته قد يقول قائل : إنه ينبغى أن ينقسم

---

(1) الأشباه للسيوطى ص 93.

إلى قسمين ، قسم عام بالنظر إلى العالم الإسلامى كله ، وقسم آخر عام بالنسبة إلى إقليم أو دولة .

وربما أجيب على هذا السؤال بأن هذا التقسيم لا لزوم له ، حيث يمكن أن ينظر إلى الأعراف نظرة نسبية ، وذلك بأن يجعل العرف الأكثر انتشاراً عاماً بالنسبة لما هو أقل منه انتشاراً . هذا فضلاً عن أن فى اقتصار الفقهاء على هذا التقسيم ما يشعر بالحفاظ على الوحدة الإسلامية ، وللإجابة على السؤال المتقدم نقول :

أما عند الشافعية فيبدو أنهم لم يتفقوا على رأى فى هذا الموضوع، إلا أن القول بتقديم العرف العام يبدو أكثر وضوحاً ، قال ابن حجر فى المنهاج « . . . حلف لا يأكل رأساً ـ ولا نية له ـ حنث برؤوس تباع وحدها ، وافق عرف بلد الحالف أو لا »[1]. وهذا ما مشى عليه أغلب شراح المنهاج كصاحب التحفة ونهاية المحتاج .

على أن هناك من الشافعية من يقول بغير هذا . أنظر

---

(1) أنظر تحفة المحتاج ج 10 ص 34.

حاشية الرشيدي على النهاية[1]، وإضافة إلى ما ذهب إليه الرشيدي هناك قاعدة للشافعية إذا روعيت على ظاهرها ربما صح القول بعدم وجود عرف خاص أصلاً عند الشافعية ، ونعنى بذلك قولهم : « العرف إذا ثبت فى موضع : عم[2]. وورد فى مغنى المحتاج تقديم العرف الخاص، وهذا ما يفيده قوله : «والحاصل أنه يعتبر فى كل ناحية عرفها ، وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم »[3].

ولقد حاول السيوطى أن يجعل ضابطاً يعرف به متى يقدم العرف العام على العرف الخاص قال فيه : « والضابط : أنه إذا كان المخصوص محصوراً : لم يؤثر كما لو كانت عادة امرأة فى الحيض أقل مما استقر من عادات النساء، ردت إلى الغالب فى الأصح ، وقيل : تعتبر عادتها . وإن كان غير محصور : اعتبر، كما لو جرت عادة

(1) نهاية المحتاج ج 8ص 197 .
(2) المصدر السابق .
(3) مغنى المحتاج ج 2 ص 405 .

قــوم بحفظ زرعهـم ليلاً ومـواشيهـم نهاراً فهل يُنَـزَّلُ ذلك منزلة العرف العام فى العكس ؟ وجهان الأصح : نعم .

وفى المـذهب الحنفى لا يكـاد يختلف القــول فيـه عن المذهب الشافعى من عدم الاتفاق عـلى أى العرفـين أولى بالتقديم ، ففى الوقت الذى يذهب فيه أغلب الأحناف إلى أن العـرف الخـاص لا يقيـد به النص، ولا يتـرك به القياس. نجد مشايخ بلخ وبخارى وسمرقنـد وأبا الليث وأبا على النسفى ـ وربما وافقهم كثيرون ـ يقـولون بتقـديم العـرف الخاص عـلى النص والقياس، فعـلى هـذا يكـون تقديمهم للعرف الخاص على العرف العام من باب أولى.

على أن ابن نجيم كاد أن يحسم هذا الخلاف بقوله فى الأشباه ، « لو باع التاجر فى السوق شيئاً بثمن ـ ولم يصرحا بحلول ولا تأجيـل ـ وكان المتعارف بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً : انصرف إليه بلا بيان »[1].

غير أن هذا النص يكتنفه شىء من الغموض بـالنسبة

---

(1) أنظر نشر العرف، مجموعة رسائل ابن عابدين ج2 ص 133 .

للتاجر الذى باع شيئا من السوق ـ لأننـا لا نعلم بالضبط هوية هذا التاجر ، هل هو من أهل ذلك السوق أم من غير أهله ـ إذ لو تيقنا أنه من غير أهل السوق لجزمنا بتقديم ابن نجيم للعرف الخاص على العرف العام ، ولكن نظراً لعدم هذا الوضوح بقيت المسألة على حالها .

غير أن ابن عابـدين ـ على مـا يبدو ـ فهم من هـذا أن التاجر من خارج أهل السوق، وبالتالي اعتبر هـذا النص قاطعاً فى تقديم العرف الخاص على العرف العـام وهذا ما يفهم من قـولـه الـذى ذكـره فى نهايـة النص المنقـول عن الأشباه لابن نجيم « ولا شك أن هذا لم يتعارف فى كثير من البلاد، فاعتبر فيه عرف أهل ذلك السوق الخاص، مع أن المنصـوص عليـه في كتب المـذهب : حلول الثمن مـا لم يشترط تأجيله »[1] .

على أنه لا يفوتنى أن أذكر أن ابن عابدين قال ، « يعمل بالعرف سواء كان خاصاً أو عـاماً ، إلا أن العـرف العام

---

(1) نفس المصدر السابق .

يثبت به الحكم العام ، والعرف الخاص يثبت بـه العرف الخاص»[1].

وأما المذهب المالكى ـ ومثله الحنبلى ـ فإنهما قـريبان من سابقيهما فالمالكية فى أغلب أحوالهم يستـدلون بـالعرف أو يحيلون عليـه دون أن « يصرحـوا بالتمييـز بـين أن يكـون العرف عامّاً أو خاصّـاً »[2] غير أن هـذا لا يعنى أن فقهاء المالكية لم يلاحظوا العرف العام ، إذ قد نجد مـراعاة لـه فيمن اشترى أضحية فـوجدهـا عجفاء بحيث لا تجـزىء أضحيـة ، فلقد ذهب بعض الفقهـاء إلى أن هذا عيب ، وما ذلك إلا مراعاة للعرف العام[3].

كذلك فإننا نجد نصاً للقرافى جمع فيه بين العادة العامة وعادة البلد إلا أنه لم يخل هو أيضا من بعض الغموض . قال القرافى : « . . . وما ليس فيه معيار شـرعى اعتبرت فيـه العادة العـامـة هـل يكـال أو يـوزن ، فـإن اختلفت

---

(1) المصدر السابق ج 2 ص 132 .
(2) مصطفى الزرقا : المدخل الفقهى العام ج 2 ص 898 .
(3) انظر البهجة للتسولى ج 2ص 103 .

العوائد ؛ فعادة البلاد، فإن جرت بالوجهين ؛ خير فيهما .
ووافقنا أبو حنيفة »[1].

وأقل ما يفيده هذا النص أن العادة العامة إن وجدت تقدم على العادة الخاصة، ولو فى هذه القضية على الأقل . وقول القرافى هذا له وزنه ، وذلك لما يفهم منه من أن هذا القول لعموم المالكية ، وهذا ما يستفاد من قوله : « ووافقنا» معبراً بضمير الجمع ، إذ يستبعد أن يكون هنا معظماً نفسه ، وأيضا تزداد أهمية هذا القول بموافقة أبى حنيفة للمالكية كما يفهم من قول القرافى .

وبهذا يمكن القول إن فى تقديم العرف العام على العرف الخاص: قولان ، وهذا ما يفيده قول القرافى فى التنقيح والذى نصه : « . . . وليس منه قول العلماء العرف الخاص هل يقدم على العرف العام ؟ : قولان »[2].

---

(1) أنظر الفرق الثانى والتسعين بعد المائة من فروق القرافى.

(2) القرافى تنقيح الفصول ص 95 ط 1306 هـ مصر.

تعارض العرف مع الأصل :

يرى كثير من الفقهاء تقديم العرف على الأصل. قال ابن تيمية في خلوة الرجل بزوجته : « قال القاضى : لأنها إذا كذبته فالظاهر خلاف ما يدعيه لأن العادة أنه لا يخفى عليه ذلك . فقدم أصحابنا العادة على الأصل، وكذلك فى دعوى النفقة فإن العادة هناك أقوى »[1] .

وفى حاشية البنانى على الزرقانى « . . . فيؤخذ منه أنه إن تعارض الأصل والعرف فالمدعى : من تجردت دعواه عن العرف، وإن وافقت الأصل »[2]. وكذلك الغالب إذا اعتبرنا الغالب بمعنى العرف كما ذهب إليه التسولى فى البهجة[3]. حيث عمم تقديم الغالب على الأصل إلا فى دعوى الدين .

وكذلك قال القرافى بتقديم الغالب على الأصل ، إلا

---

(1) ابن تيمية : نظرية العقد ص 139 .
(2) أنظر حاشية البنانى على شرح الزرقانى للمختصر ج 7 ص135 .
(3) أنظر البهجة للتسولى ج 1 ص227 .

أنه استثنى من ذلك مسائل ربما بلغ أو تجاوز بها عشرين مسأله[1].

أما الشافعية فإنهم لم يقدموا الظاهر بإطلاق ، كما لم يقدموا الأصل بإطلاق، ولكنهم أقل ميلاً إلى تقديم العرف على الأصل وهذا ما يبدو من بحثهم كل قضية بمفردها، والتماس مرجع التقديم لأيٍّ منهما الظاهر أو الأصل أنظر في هذا الأشباه للسيوطي ص 64 وما بعدها .

وأخيراً نلاحظ أن الإمام عز الدين بن عبد السلام عقد فصلاً كاملاً فى : «الحمل على الغالب والأغلب» أنظره فى الجزء الثانى من قواعد الأحكام ص117 وما بعدها .

تعارض العرف الجديد مع العرف القديم :

يتضح من أقوال الفقهاء أن هناك شبه إجماع على تقديم العرف الجديد متى استكمل شرائطه، ولم يخالف فى هذا إلا بعض الشافعية أكثرهم من المتأخرين على ما يبدو.

---

(1) أنظر الفرق 239 من فروق القرافى.

جاء فى إعانة الطالبين نقلاً عن فتح المعين « ولـو أطرد عرف بلد بتفضيل بعض الحرف الدنيئة التى نصوا عليها : لم يعتبر ، . . . وحاصل ذلك أن ما نص عليه الفقهاء من رفـع أو دناءة في الخصـال : معـوَّل عليـه ، ومـا لم ينص الفقهاء عليه يرجع فيه إلى عرف البلد »[1].

وفى نهاية المحتاج « . . . ، العرف الطارىء : لا يعمل به إذا خالف عرفاً سابقاً ، فقول الشيخ فى شرح منهجه : وظاهر أنه لو جرت عادة اتبعت يتعـين حمله على مـا ليس للأصحاب فيه نص . . . »[2].

هذا فى الوقت الـذى نجد القـرافى ينقل الإجمـاع على وجوب مراعاة العادات الجديدة ، قـال ـ وكأنـه يرد عـلى الشافعية ـ « وإيـاك أن تقول إنـا لا نفهم منه إلا الـطلاق الثلاث لأن مالكاً ـ رحمه الله ـ قاله ، أو لأنه : مسطور فى كتب الفقه لأن ذلك غلط»[3].

---

(1) السيد البكرى : إعانة الطالبين ج 10 ص 238.
(2) الرملى : نهاية المحتاج ج5 ص257 .
(3) أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى ج1 ص 44.

وقال أيضاً : « . . . ، وتحرم الفتوى بغير العادة الحاضرة ، . . . ومن أفتى بغير ذلك كان خارقاً للإجماع ، فإن الفتيا بغير مستند : مجمع على تحريمها ، . . . متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين ، وحرمت الفتيا بالأول»[1]، وفي البهجة « الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس »[2].

وفى حسام العدل والإنصاف عن الضياء اللامع : ومتى انتقل العرف : تبعه الحكم وحكى المقرى على ذلك الإجماع[3].

وفى كشاف القناع « ولا يجوز أن يفتى فيما يتعلق باللفظ كالطلاق، والعتاق والأيمان والأقارير بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها ،

---

(1) المصدر السابق .
(2) التسولى : البهجة على العاصمية ج 2 ص 61 .
(3) الشنقيطى : حسام العدل والإنصاف مخطوط بدار الكتب القومية بتونس تحت رقم 6054 ورقة رقم 4 .

بل يحملها على ما اعتادوه وعرفوه ، وإن كان الذى اعتادوه مخالفا لحقائقها اللغوية »[1] .

وقال ابن عابدين : « . . . قالوا فى شروط الاجتهاد : إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله »[2]. إلى أن قال : « ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه »[3]

وبهذا ينتهى الكلام على حجية العرف، ومنه ننتقل لعرض أثر هذه الحجية وما نتج عنها فى مختلف فروع الفقه .

---

(1) البهوتى : كشاف القناع ج6 ص 304 .

(2)، (3) ابن عابدين : نشر العرف مجموع رسائل ابن عابدين ج 2 ص 125.



الفصل الثالث

أثر العرف في التشريع الاسلامي

ملاحظات عامه

تحدثنا فى الفصل الأول من هذا البحث عن العرف من حيث نشوءه ، وشروطه وتعريفه، وأقسامه ، كما تحدثنا فى الفصل الثاني عن حجيته ، وأتينا بالأدلة التى رآها البعض دليلاً على هذه الحجية ، ونواصل الحديث فى هذا الفصل عن أثره فى التشريع الإسلامى ، وسيكون عرضنا لهذا الأثر على النحو الآتى :

1 ـ العرف من خلال أقوال الفقهاء، ونسوقه على شكل مقولات أو قواعد كما وردت على ألسنتهم ، وقد انتقيناها من كلامهم أثناء استدلالهم بالعرف، أو الحديث عنه ، وهى تقطع باهتمام الفقهاء بالعرف، وتعويلهم عليه ، ورغم أن هذه القواعد هي أقرب إلى الحجية فإننا أتينا بها هنا لتكون توطئة للحديث عما بنى على العرف من الأحكام.

2 ـ ذكر نصوص لبعض الفقهاء تناولـوا فيها كثيـراً من القضايا التى رجعوا فيها إلى العرف، وذكرها أصحابها على وجـه الإجمال ، وتعمـدنا نقـل هذه النصـوص عن فقهاء ينتمـون إلى مذاهب قيـل إنها ، لا تعمل بـالعـرف إلا فى حدود ضيقة كالشافعيـة والحنابلة ، ليكـون هذا أدل عـلى عمل جمهور فقهاء المذاهب الأخرى بالعرف والعادة .

3 ـ ذكر أمثلة توضح أن الأعراف قد تساعـد على فهم المقصود من بعض المفردات التى وردت مطلقة فى الكتاب والسنـة ، ونبادر إلى القـول بأن المقصـود بـالأعـراف التى تساعد عـلى فهم القرآن الكـريم والسنة المـطهرة إنمـا هى الأعـراف التى كـانت مـوجـودة وقت التنــزيـل وأقــرهـا النبي ﷺ ، هـذا النوع من الأعـراف هو الـذى نقصده، وهو الغالـب ، وما عداه فهو قليل ونحن لا نقول به وخاصة بالنسبة للقرآن الكريم ، ولكن هذا لا يمنع من إيراده .

4 ـ الاسترسال فى تتبـع إطراد العمـل بـالعـرف عنـد مختلف طوائف الفقهاء فى المعاملات والأيمان ، وغيرهما مما دخل فيه العمل بالعرف بشكل أو بآخر ، غـير أن هذا لا

يعنى أننا سنتناول ذلك على وجه الاستقصاء بل سنكتفى ، بمجرد الأمثلة وربما تركنا بعض أبواب الفقه ، وأوجزنا القول فى بعضها ، وتوسعنا فى بعضها الآخر ، وذلك تبعاً لأهمية الموضوع .

إذ لا يخفى أن البيوع والنكاح أهم في حياة الناس من إحياء الموات والوقف، وهكذا، ونود أن نلاحظ، أن ما نقدمه من العمل بالعرف فى أى جزئية من جزئيات الفقه لا يعني أن هذا القول ملزم لبقية الناس أو أنه قول معمول به إلى يوم القيامة ، فالأعراف والعادات من أهم خصائصها التغيُّر ، وعليه يجب تغير الحكم تبعاً لذلك ، ولم يقل أحد من فقهاء المسلمين بوجوب ثبات الأعراف وبقائها إلا بعض متأخرى الشافعية على ما نعلم وهى قلة لا تقوى على معارضة الكثرة .

ونحن هنا إنما نركز على دراسة العرف فى هذا الفصل من وجهة نظر تاريخية بالدرجة الأولى ليعلم دوره وأهميته على مدى التاريخ ، هذا أولاً وثانياً لا يعنى أن الذى نذكره هنا هو محل اتفاق بين الفقهاء، بل ربما أتينا بالقول

وهو محل خلاف، وحسبنا أنه قال به أحدهم ، إذ الهدف هو معرفة الأثر، وليس البحث عن اتفاق الفقهاء فى كل مسألة قيل فيها بالعرف والعادة.

وكما أنه لا يفوتنا أن نذكر أنه حتى مع تعدد القائلين بالعرف في القضية الواحدة فإننا لم نلتزم بذكر الجميع بل اكتفينا بذكر البعض مع ذكر المصدر الذى نقلنا عنه ذلك القول، رغبة فى الإيجاز.

وأخيراً أرانى مضطراً إلى التنبيه عما يحصل من التكرار أحياناً ، وهذا راجع إلى ترابط بعض المواضيع وتداخلها ، كما أنني لا أبرىء نفسى من السهو والخطأ ، وعليه نرجو المعذرة على كل حال .

وقبل أن أشرع فى عرض ما ذكرت آنفاً ، أرى أن أمهد له بكلمة عن معنى الأثر والتشريع فى كل من اللغة والاصطلاح .

معنى الأثر والتشريع :

الأثر فى اللغة ، ما تبقى من الشىء ، سواء من عين الشىء ذاته ، أو من فعل ذلك الشىء فى المتأثر به ، جاء

فى لسان العرب[1] « الأثر بالتحريك ما بقى من رسم الشىء . . . وأثر فى الشىء ترك فيه : أثراً » .

وفى القاموس[2] « الأثر محركة : بقية الشىء . . . وأثر فيه تأثيراً ترك فيه أثراً » .

أما التشريع فى اللغة فمأخوذ من ، شرع يشرع تشريعاً بمعنى ، سن أو بين ، على أن الناظر إلى مادة (شرع) يجد أنها استعملت فى اللغة العربية للدلالة على أن الناظر إلى مادة (شرح) يجد أنها استعملت فى اللغة العربية للدلالة على عدة معان ، منها : الطريق المستقيمة والماء الذى لا ينقطع ، والبيان والتوضيح ، والقرب ، والأخذ فى الشىء ، والمساواة وما قارب هذه المعانى .

ويرى البعض - وهو الحق - أن الشريعة الإسلامية جمعت بين كل هذه المعانى[3] ، فهى الطريق المستقيم ،

---

(1) لسان العرب ح 4 ص 5 .

(2) القاموس ح 1 ص 362 .

(3) دكتور عبد العظيم شرف الدين ، تاريخ التشريع ، انظر المقدمة .

وهى مورد لا ينضب وهى بينة مبينـة واضحة المعـالم ، قريبة من الفهم ، سهلة التكاليف .

هذا عن الشريعة فى اللغة العـربية ، أمـا الشريعـة فى عرف الفقهاء فهى (ما شرعه الله لعباده من الدين)[1]وقد قسم الفقهـاءالشـريعــة إلى عـدة أقســام ، منهـا : قسم المعاملات ، وهو الذى يهمنا فى هذا البحث ، ونلاحظ أن كلمة (التشريع) : مصطلح حديث وكما يقـول الدكتـور صبحى الصالح[2] « أصبحت كلمة التشريع ـ فى عصرنـا تـرادف مـا كـان يسمى فى عصـور الإسـلام الأولى : بالفقه » .

ولما كان الفقـه يعنى : الأحكام الشـرعية العمليـة التى استنبطها المجتهـدون من الأدلة الشـرعية التفصيليـة (كما يقول ـ زكى الدين شعبان)[3] .

---

(1) انظر تفسير القرطبى ح 6 ص 211 وح 16 ص 11 .

(2) معالم الشريعة للدكتور صبحى الصالح ص 65

(3) أنظر أصـول الفقـه الإسـلامى لـزكى الـدين شعبـان ص 9 ح 1 ط 1974 م .

إذن فالفقه غير الشريعة إذا قصد بها نصوص القرآن والسنة وإنما الفقه هو : نتيجة تعامل الفقهاء مع هذه النصوص ، وفهمهم لها ، ومن هنا جاز لنا أن نتحدث عن أثر العرف فى التشريع الإسلامى أى أن المقصود بهذا التشريع المتأثر بالعرف هو اجتهاد الفقهاء واستنباطهم للأحكام لمختلف النوازل من الكتاب والسنة وتغير هذه الأحكام بتغير الأعراف المبنية عليها تلك الأحكام وهو ما يعنى الفقه بمصطلح قدامى الفقهاء ، أما ما قلناه بشأن العرف فى فهم بعض نصوص الكتاب والسنة فإن ذلك لا يعد من التأثير فى نظرنا ، وإن كان يرفع من قيمة العرف إن صح ما ذهب إليه القائلون بذلك ، وحتى لو اعتبرنا ذلك تأثيراً ، فإنه من القلة بحيث لا يكاد يذكر إذا قورن بتأثير العرف فى الأحكام الفقهية المستنبطة باجتهاد الفقهاء .

أما نسبة هذا التشريع إلى الإسلام ، فهى ظاهرة ، ولا تحتاج إلى شرح أو تعليق ، باعتباره مستنبطاً بواسطة فقهاء مسلمين ، ومستنداً إلى أصول إسلامية كما أنه موضوع للتطبيق على أناس ينتمون إلى الإسلام .

وبعد هذه الكلمة الوجيزة نشرع فى عرض ما ذكرناه أول هذا الفصل ونبدأ بعرض أقوال الفقهاء فى العرف والتى تنقسم إلى قسمين :

- القسم الأول يأتى فى شكل مقولات أو قواعد عامة أو نصوص مختصرة .

- أما القسم الثانى فيتضمن نصوصاً طويلة بعض الشىء اشتملت على عدد من القضايا التى اعتبر فيها العرف ، على أن نوالى البحث فى أثره بالمزيد من الأمثلة على وجه التفصيل من بعض أبواب فقه المعاملات وغيرها .

العُرف فى أقوال الفقهاء

مما يقطع باهتمام الفقهاء بالعرف وتعويلهم عليه : ما ورد عنهم من الإشادة به والإحالة عليه فى ما نذكره من النصوص أو القواعد الآتى ذكرها :

- (اتباع العرف : أمر مجمع عليه)[1] **القرافى** .
- (الإحياء : ما تعارفه الناس أحياء)[2] . **ابن قدامة** .
- (إذا جرى العرف بشىء : صار هو الأصل)[3] **التاودى** .
- (الأشياء على ما جرت به العادة)[4] **أبو القاسم الصفار** .

---

(1) نقله عنه التسولى فى البهجة انظر ج 2 ص 89 .
(2) أنظر المغني ج 5 ص 435 .
(3) أنظر شرح التاودى هامش البهجة ج 2 ص 91 .
(4) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 100 .

- (إطلاق الإذن : يحمل على العرف)[1] **الشيرازى** .
- (الالتـزام فى عقد النكـاح يكـون بـاللفظ والعـادة)[2] **التسولى** .
- (ألفاظ الواقف تجرى على العرف)[3] **التسولى** .
- (إن الرجوع إلى العـرف : أحد القـواعد الخمس التى ينبنى عليها الفقه)[4] **القاضى الحسين** .
- (إن الحكم والفتيا : يعتمد فيهما على العرف ، ويختلفان باختلافه)[5] **ميارة** .
- (إن كان للقوم عـادة وعرف متقـدم بينهم : حملوا على عرفهم وعادتهم)[6] **محمد بن سحنون** .
- (إن المعتمد عند أكثر المتأخرين هو مراعاة العـرف)[7]

---

(1) أنظر المهذب ج 1 ص 393 .

(2) أنظر البهجة ج 1 ص 279 .

(3) أنظر البهجة ج 2 ص 230 .

(4) أنظر فتح البارى لأبن حجر ج 4 ص 406 .

(5) ميارة شارح اللامية ـ مخطوط ـ ورقة 139 .

(6) انظر ملتقى الإمام ابن عرفة ص 370 .

(7) انظر البهجة ج 1 ص 251 .

التسولى .

- (الأيمان مبنية على العرف)[1] السرخسى .
- (تحرم الفتوى بغير العادة الحاضرة)[2] . القرافى .
- (تعامل الناس ـ من غير نكير منكر ـ : أصل فى الشرع)[3] السرخسى .
- (التوسط يعرف بالشرع ، وقد يعرف بالعوائد)[4] الشاطبى .
- (التوابع التى لا تشترط عند العقد يعتبر العرف فيها ، وبه يفصل عند المنازعة)[5] السرخسى .
- (التعيين إما بالعادة أو بالاتفاق عليه)[6] ميارة .
- (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)[7] السرخسى .

---

(1) أنظر المبسوط ج 9 ص 15 .

(2) أنظر الفرق الثانى من فروق القرافى .

(3) المبسوط ج 13ص 79 .

(4) أنظر الموافقات ج 2 ص 119 .

(5) المبسوط ج 15 ص 121 .

(6) أنظر شرح ميارة للعاصمية هامش البهجة للتسولى ج 2 ص 102 .

(7) المبسوط ج 9 ص 4 .

- (التـابث بـالعـرف : ثـابت بـدليـل شـرعى)[1] **السرخسى** .
- (الجهالة لا تضر إذا جرى بها عرف)[2] **ابن نجيم** .
- (جوزنا بعض العقود للعرف وإن كان القياس يأباه)[3] **السرخسى** .
- (الحقيقة : تترك بدلالة العادة)[4] .
- (حمل الناس على أعرافهم ومقـاصدهم : واجب)[5] **التسولى** .
- (الـرجوع إلى العـرف من جملة القواعـد الفقهيـة)[6] **البدر العينى** .
- (العادة : محكمة)[7] .

---

(1) المبسوط ج 13 ص 14 .

(2) أنظر البحر الرائق لابن نجيم ج 5 ص 303 .

(3) المبسوط ج 9 ص .

(4) تكررت هذه القاعدة في كتب الأصول .

(5) عزاه للقرافى وغيره انظر البهجة للتسولى ج 2 ص 61 .

(6) أنظر عمدة القارى ج 12 ص 17 .

(7) نسبت هذه القاعدة للإمام الشافعى .

- (العادة : أصل يستفاد منها معارف)[1] **الغزالي** .
- (العادة في عرف الشرع : كالشرط)[2] **ابن لب** .
- (اعتبار الوسع : مبني على العادة)[3] **الجصاص** .
- (العرف إنما صار حجة بالنص)[4] **ابن الهمام** .
- (العرف : بمنزلة الإجماع عند عدم النص)[5] **ابن الهمام** .
- (العرف حاكم)[6] **ابن المرتضى** .
- (العرف : شاهد لمدعيه)[7] **سيدي مصباح** .
- (العرف عندنا : دليل من أدلة الشرع)[8] **ابن يونس** .

---

(1) أنظر المستصفى ج 1 ص 177 .

(2) حاشية ابن رحال على ميارة ج 1 ص 284 .

(3) أنظر أحكام القرآن للجصاص ج 1 ص 479 .

(4) أنظر فتح القدير ج 7 ص 15 .

(5) نفس المصدر السابق .

(6) البحر الزخار ج 4 ص 198 .

(7) أنظر البهجة ج 2 ص 348 .

(8) أنظر حاشية ابن رحال ج 1 ص 191 .

- (العرف : فاصل يقضى به)[1] **ابن يونس** .
- (العرف فى الأكثرية وغير ذلك : كالشرط)[2] .
- (العرف : قاعدة من قواعد الفقه)[3] الدردير
- (العرف عند الفقهاء أمر معمول به)[4] **البدر العينى** .
- (العرف والعادة : أصل من أصول الشريعة)[5] **ابن العربى** .
- (لو خوطب قوم بشىء لهم فيه عرف وحملوه على عرفهم لم يعدوا مخالفين)[6] **البهوتى** .
- (عند الإطلاق : حكموا العرف)[7] **الطرسوسى** .
- (عوائد الناس : كالإقرار)[8] **ابن أبى زيد** .

---

(1) نفس المصدر السابق .
(2) حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص 103 .
(3) أنظر الشرح الكبير على المختصر ج 2 ص 21 .
(4) عمدة القارى ج 2 ص 103 .
(5) أحكام القرآن ج .
(6) أنظر كشاف القناع ج 4 ص 369 .
(7) أنفع الوسائل ص 33 .
(8) أنظر ملتقى الإمام ابن عرفه ص 372 .

ـ (القبض مطلق فى الشرع ، فيرجع فيه إلى العرف)[1]

ابن مفلح .

ـ (القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف)[2]

الشيرازي .

ـ (القضاء بما به العادة : واجب)[3] التسولى .

ـ (كـل دعـوى ينفيهـا العـرف وتكـذبهـا العـادة ، فهى مرفوضة)[4] ميارة .

ـ (كل ما تشاجر فيه الأجير والمستأجر : عمـلاً فيه عـلى سنة الناس فى ذلك البلد)[5] ابن غازى .

ـ (كل ما عد فى العرف تفرقا حكم به ، وإلا فلا)[6]

---

(1) ج 4 ص 122 .

(2) المهذب ج 1 ص 271 .

(3) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 72 .

(4) أنظر شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 16 .

(5) أنظر ملتقى الامام ابن عرفة ص 370 .

(6) فتح البارى ج 4 ص 329 .

ابن حجر .

- (كل ما لم يحد شرعاً : يحال على العرف)[1] **البهوتى** .
- (لا بد من العمل بما أطرد به العرف فى الوقف)[2] **السيد البكرى** .
- (لا يخرج عن العرف إلا الشاذ)[3] **اللؤلؤى** .
- (لأهل الأعمال سنتهم يحملون عليها)[4] **مالك ابن أنس** .
- (لفظ الشرع : يحمل على عرفه ، فإن تذر : حكمت فيه العوائد)[5] **القرافى** .
- (لا يجب إلا ما تعورف من اتفاق)[6] **القنوجى** .
- (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)[7] .

---

(1) أنظر كشاف القناع ج 6 ص 290

(2) أنظر اعانة الطالبين ج 3 ص 169 .

(3) حاشية ابن رحال على شرح مبارة ج 1 ص 175 .

(4) أنظر المدونة ، كتاب الجعل والإجارة ج 4 ص 451 .

(5) أنظر الفرق 192 من فروق القرافى .

(6) فتح العلام شرح بلوغ المرام ج 2 ص 181 .

(7) نسبة هذه المقولة لأكثر من واحد .

- (المتعارف : كالمشروط) [1] **الشيرازى** .
- (المرجع فيما لا ضابط له شرعاً ولا لغة إلى العرف) [2] **الرملى** .
- (ما أفسده الشرط تفسده العادة) [3] **اللخمى** .
- (المدار فيما يتعلق بالآجال على العوائد) [4] **ابن رحال** .
- (المدار على العادة في الوكيل والسمسار) [5] **ابن رحال** .
- (المرجع فى التفرق : إلى العرف) [6] **ابن مفلح** .
- (المرجع فى الأجور إلى العرف) [7] **ابن تيمية** .

---

(1) أنظر المهذب ج 1 ص 408 .

(2) أنظر نهاية المحتاج ج 5 ص 286 .

(3) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 218 .

(4) أنظر حاشية بن رحال على ميارة شرح العاصمية ج 2 ص 23 .

(5) نفس المصدر السابق .

(6) أنظر المبدع شرح المقنع ج 4 ص 65 .

(7) نظرية العقد ص 164 .

- (من لم يراع المقاصد والنيات والعرف فى الكلام . . . يضر بالناس) .
- (مطلق الكلام فيما بين الناس : ينصرف إلى المتعارف)[1] **ابن قاضى سماوه** .
- (مطلق العقد : يتقيد بدلالة العرف)[2] **السرخسى** .
- (مطلق العقد يحمل على المعتاد)[3] **الشيرازى** .
- (المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة)[4] **ابن القيم** .
- (مطلق اللفظ : محمول على المفهوم عرفاً)[5] **السرخسى** .
- (المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم فى العرف)[6]

---

(1) شرح الكنز ج 4 ص 9 .
(2) جامع الفصولين ج 2 ص 213 .
(3) المبسوط ج 11 ص 115 .
(4) المهذب ج 1 ص 315 .
(5) أعلام الموقعين ج 3 ص 82 .
(6) المبسوط ج 1 ص .

الشبلى .

- (المعروف بالعرف : كالمشروط بالنص)[1] السرخسى .

- (المرؤة : هى المحافظة على فعل ما تركه يوجب الذم عرفاً)[2] ابن عرفة .

- (المعروف بين التجار : كالمشروط بينهم)[3] السرخسى .

- (المعروف عرفاً : كالمشروط شرطاً)[4] السرخسى .

- (المعتبر : عرف اللافظ لا عرف اللفظ)[5] الرملى .

- (الممتنع عادة : كالممتنع حقيقة)[6] .

- (انتقال العوائد : يوجب انتقال الأحكام)[6] ميارة .

---

(1) المبسوط ج 157 ص 157 .

(2) منح الجليل للشيخ عليش ج 4 ص 220 .

(3) المبسوط

(4) أنظر نهاية المحتاج ج 8 ص 192 .

(5) قاعدة أصولية مشهورة .

(6) انظر شرح ميارة على اللامية ورقة 139 .

- (نحن نحكم النساء : بالعادة)[1] القرافى .

- (وصدق مشتر وافقه عرف)[2] بهرام .

- (الوكالة تكون بالنص وبالعادة)[3] التسولي .

- (يحكم للزوج بحكم الوكيل - فيما باع واشترى لامرأته - وإن لم تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لزوجاتهم)[4] ابن رشد .

- (يحمل المطلق في كل ناحية على العرف) النووى .

- (يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه)[5] السرخسى .

- (يرد المبيع بما يعده الناس عيباً)[6] الشيرازى .

- (ينبغى الترجيح بالعوائد)[7] ابن فرحون .

ألا أيها القاضى لتأمر من ادعا

بدعواه عن عرف وأصل تحولا

---

(1) أنظر حشية بن رحال على شرح ميارة للعاصمية ج 1 ص 192 .

(2) أنظر البهجه للتسولي ج 2 ص 89 .

(3) . (4) البهجه ج 1 ص 218 .

(5) المبسوط ج 9 ص 17 .

(6) المهذب ج 1 ص 293

(7) أنظر التبصره هامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ج ! ص 125.

فــإن قـلت إن البـعض ممــا نقـلتــه
ضعيف : نعم لكن على العرف عولا

بـيــان وتخصـيص وتفـسـير مـبـهـم
شهيـد وتقييـد لعــرف جـرى حــلا

بـه الحكم والفتيا فـإن صح مـا جرى
من العرف فاحكم ناظراً أو منخـلا[1]

وكـل مـا فى الشــرع فهــو تـابــع
إلى الــعــوائــد لهــا فــجــامــع

فــما اقــتــضــتــه عــادة تجــردت
تــعــين الحــكــم بــه إذا بــدت

ورجحــوا بــالعــرف أيضــاً وهــو
مــن ســائــر المــرجــحــات أقــوى

والعــرف مــا يغـلب عــدد النــاس
ومــثــله الــعــادة دون بــأس

(1) أنظر فى هذا والذى قبله لأمية الزقاق مخطوط .

ومقتضاهما معاً مشروع
في غير ما خالفه المشروع[1]

وهو لها فيما ادعى من بعد أن
بنى بها والعرف رعيه حسن

ومدعى الإرسال للشواب
شاهده العرف بلا ارتياب

وقيل ذا إن ادعى المبتاع ما
يبعد والعرف به قد عدما

وأجر مثل أو قراض مثل
لعامل عند فساد الأصل[2]

وكل ما العادة فيه تدخل
من الأمور فهي فيه تعمل[3]

---

(1) محمد الأغلالي انظر في هذا والأبيات الأربع قبله ملتقى الأمام بن عرفة ص 374, 375 .

(2) هذا البيت والثلاثة قبله من العاصمية .

(3) أحمد بن أبي كف ، ملتقى الإمام ابن عرفة ص 373 .

والـعــرف في الشــرع لــه اعـتبــار

لــذا عـليــه الأمــر قــد يــدار[1]

وبعـد هذا وقبـل أن أنتقل إلى المـوضـوع الآتى أود أن ألاحظ ما يلي : ـ

ان هذه المقولات ربما صح القول بأنها متقاربة المعنى ، أو قـل ربما تضمنت الـواحـدة منهـا مـا جـاء فى مقـولات أخرى . وهذا صحيح فى بعضها على الأقل ، ولكن ذكرها بهذا الشكل قصد به : التنبيه على أن هـذا المعنى موجـود عند أكثر من فقيه .

كما أنه لا يفوتني أن أشير إلى أن ما نقلته أو نسبتـه إلى أحد من الفقهاء هو صحيح ولو لم أذكر بعض القائلين لهذه القواعد .

أما الآن فننتقل إلى ما سبق الوعد به من نقل نصوص مطولة توضح بعض ما بنى على العرف من الأحكام .

ونلاحظ أن هناك نصـوصاً كثيـرة فى هذا المعنى ، ولـو

---

(1) ابن عابدين فى رسالة : رفع الأنتقاض ، وهو الذى رتب عليه رسالة نشر العرف .

حاولنا نقل ما كتب فى هذا الشأن لما استطعنا ذلك ، ومن هنا نكتفى بما سيذكر فى الآتى .

ونبدأ بما ذكره ابن حجر فى فتح البارى [1] عما رجع فيه إلى العرف بصفة عامة .

ونلاحظ أن ابن حجر حصر كلامه فى أربعة مجالات عمل فيها بالعرف أو رجع إليه فيها ، وهذه المجالات التى ذكرها ابن حجر فى هذا النص هى معرفة أسباب الأحكام ، ومعرفة المقادير ، وضبط فعل غير منضبط ، وأخيراً الرجوع إليه فى أمر مخصص ، وإليك النص بتمامه كما جاء فى الفتح (فمنها الرجوع إلى العرف فى : معرفة أسباب الأحكام من الصفات الإضافية ، كصغر ضبة [2] الفضة وكبرها ، وغالب الكثافة فى اللحية ونادرها وقرب [3]

---

(1) فتح البارى شرح صحيح الإمام البخارى للحافظ أحمد بن على بن حجر المتوفى 852 هجرى انظر ج 4 ص 406 الباب 95 عند شرح الحديث رقم 2210-2212 ، المطبعة السلفية 1380 هجرى .

(2) شريط من الفضة لرأب الأوانى والآلات المتصدعة .

(3) لعله يقصد قرب أو بعد المنزل عن المسجد أو فى المعاملات بالكراء والإيجار .

منـزله وبعـده وكثرة فعـل أو كلام وقلتـه فى الصـلاة[1] ، ومقابل[2] بعوض فى البيع ، وعـين ، وثمن مثل ، ومهـر مثـل ، وكفـء نكـاح ، ومؤونتـه ، ونفقـة ، وكســوة ، وسكنى وما يليق بحال الشخص من ذلك .

ومنها الرجـوع إليه فى المقـادير : كـالحيض ، والطهـر وأكثر مدة الحمل ، وسن اليأس .

ومنهـا الرجـوع إليه فى فعـل غير منضبط تتـرتب عليه الأحكام ، كإحياء الموات ، والإذن فى الضيافة ، ودخول بيت قريب وتبسط مع صديق ، وما يعد قبضاً وإيـداعاً ، وهدية ، وغصباً ، وحفظ وديعة ، وانتفاعاً بعارية .

ومنها الرجوع إليه فى أمر مخصص ، كألفاظ الأيمان وفى الوقف والوصية والتفويض ، ومقادير المكاييل والموازين ، والنقود وغير ذلك) انتهى ما قاله ابن حجر بعد أن ذكر ما يقرب من أربعين حكماً كلها بنيت على العرف أو رجع إليه فيها .

---

(1) أنظر مغنى المحتاج للشربينى ح 1 ص 199 .

(2) وجدت هذا اللفظ في النص مفتوحاً فعطفته على ما قبله .

وقال السيوطى[1] وهو يعدد المسائل التى رجع فيها إلى العرف : (فمن ذلك سن الحيض ، والبلوغ والإنـزال ، وأقل الحيض والنفاس والطهر ، وغالبها وأكثرها ، وضابط القلة والكثـرة فى الضبـة ، والأفعـال المنـافيـة للصـلاة ، والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطـول الزمـان وقصره فى موالاة الوضوء فى وجه ، والبناء على الصـلاة فى الجمع ، والخـطبة والجمعـة ، وبين الإيجـاب والقبـول ، والسـلام ورده ، والتـأخير المـانع من الـرد بـالعيب ، وفى الشـرب وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له مقام الإذن اللفظى وتناول الثمـار الساقـطة ، وفى إحراز المـال المسـروق ، وفى المعاطـاة ـ على مـا اختاره النـووى ، وفى عمـل الصانـع على مـا استحسنه الـرافعى ، وفى وجوب السـرج والإكاف فى استئجـار الدابـة للركـوب ، والحبـر والخيط والكحل على من جرت العادة بكـونها عليه ، وفى الاستيلاء فى الغصب ، وفى رد ظرف الهدية وعدمه ، وفى

---

(1) أنظر الأشباه والنظائر للسيوطى عند شـرطه للقـاعدة السـادسة وهى (العادة محكمة) ص 90 ط مصطفى الحلبى 1959 .

وزن أو كيل ما جهل حاله فى عهد رسـول الله ﷺ ، فإن الأصح أنه يراعيٍ فيه عادة بلد البيع ، وفى إرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً ، ولو أطردت عادة بلد بعكس ذلك : اعتبرت العادة فى الأصح ، وفى صوم يـوم الشك لمن لـه عـادة ، وفى القبض والإقباض ودخــول الحمـام ، ودور القضـاة والولاة ، والأكـل من الطعـام المقدم ضيـافة بـلا لفظ ، وفى المسـابقة والمنـاضلة إذا كانت للرمـاة عـادة فى مسافة .

وفيها إذا أطـردت عـادة المتبارزين بـالأمان ، ولم يجـر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلـة الشرط ، وفى ألفـاظ الواقف ، والموصى ، وفى الأيمان) .

وقـال ابن قيم الجوزيـة فى كتاب أعـلام الموقعـين[1] : (وقد أجرى العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع منهـا : نقـد البلد فى المعـامـلات ، وتقـديم الـطعـام إلى الضيف ، وجـواز تناول اليسـير مما يسقط من النـاس من

---

(1) أنظر الجزء الثانى ص 412 ط الفنية المتحدة 1968 .

مأكول وغيره ، والشرب من خوابى السيل ومصانعه فى الطرق ، ودخول الحمام وإن لم يعقد عقد الإجارة مع الحمامى لفظاً ، وضرب الدابة المستأجرة إذا حولت فى السير وإيداعها فى الخان إذا قدم بلدة أو ذهب فى حاجة ، ودفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد ، وتوكيل الوكيل لما لا يباشره مثله بنفسه ، وجواز التخلى فى دار من أذن له بالدخول إلى داره ، والشرب من مائه والاتكاء على الوسادة المنصوبة ، وأكل الثمرة الساقطة من الغصن الذى على الطريق ، وإذن المستأجر للدار لمن شاء من أصحابه أو أضيافه فى الدخول والمبيت والثوى عنده والانتفاع بالدار ، وإن لم يتضمنهم عقد الإجارة لفظاً اعتماداً على الإذن العرفى ، وغسل القميص الذى استأجره للبس مدة يحتاج فيها إلى الغسل ، ولو وكل غائباً أو حاضراً فى بيع شىء والعرف قبض ثمنه : ملك ذلك ، ولو اجتاز بحرث غيره فى الطريق ودعته الحاجة إلى التخلى فيه فله ذلك إن لم يجد موضعاً سواه إما لضيق الطريق أو لتتابع المارين فيها ، فيكيف بالصلاة فيه والتيمم بترابه ، ومنها لو رأى شاة غيره تموت

فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً ، وإن كان من جامدى الفقهاء من يمنـع من ذلك ويقول : هذا تصرف فى ملك الغير ، ولم يعلم هذا اليابس أن التصرف فى ملك الغير إنما حرمه الله لما فيه من الإضرار به ، وترك التصرف ها هنا هو الإضرار .

ومنها لو استأجر غلاماً فوقعت الأكلة فى طرفه فتيقن أنه إن لم يقطعه سرت إلى نفسه فمات جاز له قطعه ولا ضمان عليه .

ومنها لو رأى السيل يمر بدار جاره فبادر ونقب حائطه وأخرج متاعه فحفظه عليه جاز ذلك ، ولم يضمن نقب الحائط .

ومنها لو قصد العدو مال جاره فصالحه ببعضه دفعاً عن بقيته جاز له ، ولم يضمن ما دفعه إليه .

ومنها لو وقعت النار فى دار لجاره فهدم جانباً منها على النار لئلا تسرى إلى بقيتها لم يضمن .

ومنها لو باعه صبرة عظيمة أو حطباً أو حجارة ونحو ذلك جاز له أن يدخل ملكه من الدواب والرجال وما

ينقلها به وإن لم يأذن له فى ذلك لفظاً .

ومنها لو جذَّ ثماره أو حصد زرعه ثم بقى من ذلك ما يرغب عنه عادة جاز لديره التقاطه وأخذه ، وإن لم يأذن فيه لفظاً .

ومنها لو وجد هدياً مشعراً محوراً ليس عنده أحد جاز له أن يقتطع منه ويأكل منه .

ومنها لو أتى إلى دار رجل جاز له طرق حلقة الباب عليه ، وإن كان تصرفاً فى بابه لم يأذن له فيه لفظاً .

ومنها الاستناد إلى جداره والاستظلال به .

ومنها الاستمداد من محبرته ، وقد أنكر الإمام أحمد على من استأذنه فى ذلك .

وهذا أكثر من أن يحصر . . .) .

ومما قاله عز الدين بن عبد السلام وهو يتحدث عن النفقة ، بعد أن ذكر أشياء رجع فيها إلى العرف ، ملخصاً بذلك ما يقوم به العرف فى نظره .

(. . والغالب فى كل ما ورد فى الشرع إلى المعروف أنه : غير مقدر ، وأنه يرجع فيه إلى ما عرف فى

الشرع ، أو إلى ما يتعارفه الناس)[1] .

وقال الشيخ خليل فى مختصره فى باب الإجارة (. . ولا يلزمه رعى الولد ـ إلا لعرف ـ وعمل به فى الخيط ونقش الرحى وآلة بناء وإلا فعلى ربه ـ عكس إكاف وشبهة ـ وفى السَّيْر والمنازل ـ والمعاليق والزاملة ، ووطائه بمحمل وبدل الطَعام المحمول ، وتوفيره ، كنزع الطيلسان قائلةً . . .)[2] .

ونلاحظ هنا أن قوله عكس إكاف غير مستثنى من تحكيم العرف فيه وإنما « مراده : العكس فى التصوير لا الحكم وهو أنه فى الأول مُكْتَرٍ وهنا : مُكْرٍ » كما قال الدردير[3] .

وبهذا القدر نكتفى من عرض النصوص المطولة ، لننتقل إلى أثر العرف فى فهم القرآن الكريم كما يرى بعض الفقهاء .

---

(1) ابن عبد السلام : قواعد الأحكام ج 1 ص 61 ؛ ج 2 ص 107 .
(2) ,(3) الدردير الشرح الكبير بحاشية الدسوقى ح ع ص 22 ط دار الفكر .

أثر العرف في فهم القرآن الكريم :

ذكر الشاطبي : أشياء ضرورية لفهم القرآن الكريم نقتصر على ذكر ما جاء منها فى قوله « ومن ذلك معرفة عادات العرب فى أقوالها ، وأفعالها ، ومجارى أحوالها حالة التنزل ، وإن لم يكن ثم سبب خاص ، لا بد لمن أراد الخوض فى علم القرآن منه ، وإلا وقع فى الشبه والإشكالات التى يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة »[1] ، ونقل التوزرى عن الفكهانى قوله : «ويجرى مجرى النص عندنا ، ما علم المراد به من جهة التخاطب ، وإن لم يكن نصاً ، نحو قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ ، إذ ليس بنص فى تحريم وطء الأمهات ، وإنما هو مجاز ، لأنه علق التحريم على الأعيان ، والمراد : تحريم الأفعال فيها)[2] ، ومن هذا القبيل : ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ، فظاهر النص ،

---

(1) أنظر الموافقات للشاطبى ج 3 ص 229 .

(2) أنظر شرح التوزرى على العاصمية ج 2 ص 7 وانظر أيضاً نهاية السول ج 2 ص 336 .

يشمل جميع أجزاء الميتة ، إلا أن إضافة التحريم إلى الميتة يقتضى عرفاً ، تحريم الأكل ، ولما كان الجلد ، غير مأكول فلا يتناوله عموم الخطاب »[1] .

وجاء فى البحر الزخار قوله « إن النكاح الفاسد لا يقتضى الإحلال - حل الزوجة للزوج الأول - ، رغم أنه يوجب المهر ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾[2] .

والخطاب يتناول ، المتعارف ، والمتعارف : النكاح الصحيح »[3] .

وفي البحر الزخار أيضاً ، أن الإيلاء لا يصح من المملوكة ، واحتج بقوله تعالى : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم** ﴾ لأن النساء فى نظره (هن الزوجات عرفاً)[4] .

ومما جاء فى هذا الكتاب أيضاً ، وهو يتحدث عن متعة

---

(1) دكتور محمد أديب صالح : تفسير النصوص ج 2 ص 336 ط 1972 م .

(2) , (3) , (4) أنظر فى هذا كله البحر الزخار لأبن المرتضى ج 4 ص 121 ,127 .

هذه أمثلة من عمل الصحابة بـالعرف ، ومن بعـدهم التابعون أتينا بها وفاء بما التزمنا به فى خطة البحث .

والآن نتابع السير على هذا النهج وحسب الخطة فنقدم ما يستدل به على اطـراد العمل بـالعرف عنـد بعض كبار الأئمة .

ونبادر فنقول : إنه لا يسعنا أن نذكر جميـع المجتهدين القائلين بالعـرف وذلك نـظراً لكثرتهم ، وعـدم اطلاعنـا الكافى . وعليه فسنكتفى بذكر بعضهـم ، ونبدأ بمن اشتهر منهم من أصحاب المذاهب .

الإمام أبو حنيفة والعرف :

استنتج الشيخ أبو زهرة مما كتبه الموفق المكي فى المناقب عن فقه أبي حنيفة أن مصادر الفقه لديه : سبعة ، ثم ذكر من بينها العرف. انظر كتاب أبي حنيفـة للشيخ أبي زهـرة ص 237 .

وقال الأستاذ محمد مذكور فى المدخل للفقه الإسـلامى ص 277 وهو يتحدث عن العرف ما نصه : « ولقد جعله

السرخسى فى المبسوط[1] « بما شاهد عليه أهل عصره ، من أنهم لا يتحلون باللؤلؤ إلا مرصعاً بالذهب أو الفضة، ولا يتحلون باللؤلؤ وحده »[2].

وإذا كان الإمام أبو حنيفة قد تأثر بالعرف فى فهمه للآية الأولى، فقد انعكس الأمر بينه وبين صاحبيه فى آية أخرى، حيث تأثر الصاحبان فى تفسيرهما لهذه الآية بالعرف على ما يبدو، وذلك أنهما ذهبا إلى أن العنب والرطب والرمان من الفاكهة ، لأن هذه الأصناف فى نظرهما من جملة ما يتفكه به فى العادة . بينما ذهب أبو حنيفة إلى أنها ليست من الفاكهة تمسكاً منه بالنص وما يقتضيه السياق فى قوله تعالى: ﴿ **فيهما فاكهة ونخل ورمان** ﴾[3] وقوله تعالى : ﴿ **وعنباً وقضباً وزيتوناً ونخلاً وحدائق غلباً وفاكهة وأبا** ﴾، [4].

---

(1) (2) السرخسى : المبسوط ج 9 ص30 .

(3) الآية رقم 68 من سورة الرحمن .

(4) الآيات من 28 الى 31من سورة عبس .

قـال «فتارة عـطف الفاكهـة على هـذه الأشياء، وتـارة عطف هذه الأشياء على الفـاكهة ، والشيء لا يعـطف عـلى نفسه ، مـع أنه مـذكور فى مـوضع المنـة ، ولا يليق بالحكمة ذكر الشيء الواحد فى موضع المنة بلفظين »[1].

ورغم قوة حجة أبي حنيفـة إلا أن الصاحبـين ذهبا إلى أنهما من الفـاكهة بـل إن هذه الأشيـاء من أنفس الفواكـه عندهما .

ويبدو أن هذا بناء على ما شاهداه في عصرهما ، بل إن هـذا ما يتفق مـع ما نقله ابن الهمـام في فتح القـدير عن بعضهم ، ونصه « والمشائخ قالوا : اختلاف زمـان ، ففى زمانه : لايعدونها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك ، وفى زمـانهما : عدت منهـا ، فـأفتيـا بـه . . »[2]. ويبـدو أن الحنابلة ـ أو أغلبهم ـ يتفقون مع الصاحبين فى أن الرطب والرمان من الفاكهة ، وهذا ما يفهم من كلام ابن قدامة فى

---

(1) أنظر المبسوط للسرخسى ج 8 ص 189 .

(2) ابن الهمام : فتح القدير ج 5 ص129 ط الحلبى .

المغنى ج 9 ص 600 الذى رد فيه على أبى حنيفة متفقاً فى ذلك مع الصاحبين : « ولنا : أنهما : ثمرة شجرة يتفكه بهما ، فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا، ولأنهما فى عرف الناس: فاكهة »، [1].

وبما قدمناه يتضح أثر العرف فى فهم المراد من بعض نصوص القرآن عند بعض الفقهاء، الأمر الذى يقطع بتأثير العرف فى غير القرآن عندهم من باب أولى.

وإذا صح ما ذكرناه من تأثير العرف فى فهم الفقهاء لبعض آيات القرآن الكريم فإن هذا كاف فى الدلالة على أهميته وحجيته ، ومع ذلك نذكر أمثلة تبين أثره فى فهم السنة المطهرة أيضا.

العرف قد يساعد على فهم السنة :

وردت فى الأحاديث الشريفة ألفاظ عامة لم يتضح المراد منها عند بعض الفقهاء على وجه التحديد فلجأوا إلى

---

(1) ابن قدامة : المغنى ج 9ص 600.

العرف لمعرفة المقصود من هذه الألفاظ والتى منها البيع والتفرق الذى يقطع خيار المجلس عند القائلين به ، والغبن الذى يوجب الخيار ،والقبض والإقباض، والحرز ، وإحياء الموات ، والنفقة والكسوة ، والوسع والمعروف ، ونحو هذه الألفاظ التى لم يرد بتحديدها نص شرعي ، وإلى جانب هذه الألفاظ المطلقة ، نذكر أحاديث وأقضية راعى فيها الشرع الحكيم ما كان سائداً فى المجتمع الإسلامى من العادات على ما يرى بعض الفقهاء، ومن هذه الأقضية والأحاديث: قضاء رسول الله ﷺ ، بعدم ضمان ما أفسدته البهائم نهاراً من الزرع ونحوه وذلك لاعتياد الناس حفظ زروعهم نهارا .

جاء فى البحر الزخار قوله « قضى رسول الله ﷺ بذلك يعنى عدم الضمان : لاعتياد حفظها[1] بالليل ، ولا ضمان فى النهار لاعتياد إرسالها » .

إلى أن قال « فإن انعكس الاعتياد انعكس الحكم إذ هو العلة »[2]. وهذه المسألة ذكرها السيوطى أيضا، عند حديثه

---

(1)،(2) انظر البحر الزخار لابن المرتضى ج6 ص269 .

عن تعارض العرف العام مع العرف الخاص وأفاد أن فيها قولين: انعكاس الحكم وعدمه فى حال تبدل العادة، غير أنه صحح القول الأخير[1]، أى أنه يتفق مع ما جاء فى البحر الزخار.

ومنها قضاء رسول الله ﷺ فى سعة الطريق وتحديده له بسبعة أذرع » .

قال الماوردى فى أدب القاضى : «وهذا يجوز أن يكون محمولاً على عرف المدينة، فإن البلاد تختلف طرقها بحسب اختلافها فيما يدخل إليها ويخرج منها فقد يكفى فى بعض البلاد ما هو أقل من هذا وربما لا يكفى فى بعضها إلا ما هو أكثر من هذا »[2] .

وأرى أن ما ذهب إليه الماوردى هو الذى يقتضيه العقل ويؤيده الواقع وإذا كان الماوردى قد لاحظ اختلاف

---

(1) السيوطى : الأشباه ص 95 ط الحلبى 1959 .

(2) الماوردى أدب القاضى ح2 ص 207 .

وقد أخرج هذا الحديث كثيرون منهم أبو داوود ورقم الحديث فيه 3633.

البلدان أو المدن منذ ما يقرب من ألف سنة ، فكيف بهذا الاختلاف الآن، لذلك فإنه يتحتم القول بما ذهب إليه الماوردى وإلا لزم أن نحدد كل طريق يختلف عليه الآن بسبعة أذرع ، وهو ما يتعارض مع مصلحة المسلمين وينافى التقدم . . . الأمر الذى لم يقل به عاقل فضلاً عن عالم .
ومن الأحاديث التى استعين بالعرف فى فهم المراد منها ، قوله ﷺ لبلال : « يا بلال أقضه وزده » كما فى بعض الروايات قال ابن بطال : « إن النبى لم يعين قدر الزيادة فاعتمد بلال على العرف » .

وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الحديث وقال القرافى : «كل من له عرف: يحمل كلامه على عرفه، كقوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة بغير طهور »[1]. يحمل على الصلاة فى عرفه عليه السلام دون الدعاء.

وكذلك قوله عليه السلام : « من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف»[2]، يحمل على الحلف الشرعى ، وهو

(1) صحيح مسلم ، باب وجوب الطهارة.
(2) ففى صحيح الترمذى ورد بلفظ (من حلف على يمين فقال : ان شاء =

الحلف بالله تعالى ، لأن الحلف بالطلاق والعتاق جعلها عليه السلام : من أيمان الفساق، فلا يحمل الحديث المتقدم عليها »[1]، أنظر الفرق الثالث من فروق القرافى .

وتقدم أن أبا يوسف قال بجواز اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه فى المكيل والموزون ، وما ذلك إلا لأن الحديث فى رأيه كان مراعياً للعادة السائدة فى ذلك الوقت .

وبعد هذه الأمثلة التى توضح أثر العرف فى فهم كل من القرآن والسنة وبعد أن أوردنا من النصوص التى تضمنت ذكر بعض ما رجع فيه إلى العرف على وجه الإجمال والتى سبقت بعرض مقولات ، أو قواعد فقهية عامة وكلها

الله لم يحنث)، أنظر شرح ابن العربى لصحيح الترمذى ح 7 ص 14 ط1931 ومما يمكن ذكره هنا : الحديث الذى ذكره السرخسى فى المبسوط ونصه : « إن الله يحدث من أمره ما يشاء، وإن مما أحدث أن لا يتكلم فى الصلاة » ، قال السرخسى: «ولا يفهم أحد من هذا ترك القراءة وأذكار الصلاة » .

تشيد بالعرف، وتنوه بمكانته فى التشريع ، ننتقل بعد هذا كله إلى تتبع أثر العرف فى بعض أبواب الفقه ، مقتصرين على أهم هذه الأبواب ، مبتدئين بالإجارة مراعـاة لترتيب حروف المعجم والله الموفق إلى الصواب .

الإجارة والعُرف

إستعان الفقهاء فى كثير من قضايا الإجارة بالعرف ، عن طريق الإحالة عليه ، لضبط وتبيان كل ما لم يرد ضبطه وبيانه عن الشارع الحكيم ، من الكيفيات والمقادير ، وخاصة مقدار الأجر أو كمية العمل المؤجر عنه الذى سبق أن قلنا إن القرآن الكريم أحاله على العرف فى تحديد كميته ، بعد أن حدد مقدار الأجر ومدة العمل ، وسنتولى فيما يلي عرض بعض ما أحاله الفقهاء على العرف عند الاختلاف فى كل من الأجر أو العمل المؤجر عليه ، أو كيفية استعمال الشيء المؤجر ، وما يتعلق بهذه العناصر لثلاثة من الأحكام .

أولاً ـ الأجر :

ونتحدث عن تحكيم العرف فى قدره ، ووقت دفعه ،

وجنسه واستحقاقه ونبدأ بما ورد عن الإمام مالك رضى الله عنه ، ورواه عنه ابن القاسم فى هذا الخصوص ، ونصه « قال مالك : إذا كان للناس كراء معروف وسنة فى كرائهم ، ونقد يتناقدونه بينهم حملوا على عمل الناس »[1] .

وأوضح من هذا النص أن الإمام مالكاً أحال على العرف أهم قضايا الإجارة وهى : النقد أو السكة المتداولة ، ووقت وكيفية الدفع ومقدار الأجر والعمل ، بل ربما تعدى هذه الأشياء إلى ما يسمى فى القوانين الوضعية (بالعقود المسماة وغير المسماة) وهو ما دل عليه قوله : (كراء معروف) وإذا كان جواب الإمام هذا جاء على وجه الإجمال ، فلقد ذهب كثير من الفقهاء إلى الاحتكام إلى العرف لمعرفة ما يحتاج إلى معرفته على وجه التفصيل[2]. ومن

(1) أنظر المدونة ج 4 ص487 مصورة عن ط السعادة 1323 هجري .

(2) أنظر هذا ، نظرية العقد لابن تيمية ص 164 ولسان الحكام لأبن الشحنة وفيه : يجبر الأب على دفع أجر المعلم والحلوى التى تعارف الناس إعطاها للمعلم على رضوس السُّوَرُ) ، وعند المغاربة تعرف بالأصارفة ، وأوجبوا دفعها للمعلم مراعاة للعرف انظر الزرقانى على=

ذلك ما جاء فى المبدع ونصه «إذا دفع ثوبه إلى خياط فله أجرة المثل ، لوجود العرف الذى يقوم مقام العقد »[1]، وفى المهذب: « الخياط إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة : صار العرف فى حقه كالشرط »[2].

وجاء في البهجة للتسولي « فإذا اختلفا في جنس الكراء، فزعم المكري أنه بالدنانير ، وزعم الآخر أنه : بعرض فإنه ينظر إلى عرف البلد فى مثل ذلك الكراء من كونه بالدنانير أو بالعرض، فمن شهد له عرف البلد: صدق بيمينه، كما مرَّ فى الثنيا » ، البهجة ج 2ص 175، وقال الشيخ خليل فى مختصره وهو يتحدث عن الأجر : « وعُجِّل إن عُيِّنَ أو بشرط أو عادة » ، أنظر المختصر أول باب الإجارة ص 241 ط 1327 هـ .

= خليل عند قول الأخير (واها وإن لم تشترط) باب الإجارة ج 7 ص 19 وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج 4 ص 15 .

(1) أنظر المبدع لابن المفلح ج5 ص 68.

(2) المهذب للشيرازى ج 1 ص 418.

ثانيا : كيفية استعمال الشيء المؤجر ووقت ومقدار ذلك الاستعمال:

الأشخاص، جاء فى الفتاوى الهندية[1] قوله : « والأصل فى الإجارة إذا وقعت على عمل فكل ما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط على الأجير فى الإجارة فالمرجع فيه إلى العرف كذا فى المحيط »[2]، ومن ذلك حمل الأجير الأحمال إلى داخل الباب أو عدمه ، مبنى على العرف[3]، والأجير الخاص يلزمه من العمل فى النهار : ما يتعارف فى الجهة[4]، وله استنابة غيره فى عمله ، إلا إذا منع من ذلك العرف[5] . . . وعلى راعى الغنم رعاية ما توالد منها ، إذا قضى العرف[6] بذلك ما لم يتعاقد معه على رعاية عدد بعينه .

---

(1)،(2) أنظر الجزء الرابع ص432 .

(3) ابن نجيم فى الأشباه ص 100 .

(4) ، (5) ابن المرتضى البحر الزخارج 5 ص50 ، 58 .

(6) المدونة ج 4ص 439 .

أما بالنسبة للأدوات ومنها الثياب فإن من أستأجر ثوباً فله : لبسه فى اليقظة ليلاً ونهاراً ، لا فى النوم إلا القيلولة الخفيفة ، للتعارف، ولا يجوز له الاتزار به لمخالفة العادة ، وإذا كانت مدة الإجارة عدة أيام ، ففى دخول الليالى خلاف، وقيل يتبع العرف[1] وبصفة عامة وكما قال الرملى «يعتبر فى الاستيفاءالعرف »[2] .

وقت دفع الأجر ومقداره:

وذلك كما فى دخول الحمام ودفع الثياب للخياط ونحو ذلك ، فإنه يرجع فى معرفة مقدار الأجر ووقت دفعه إلى العرف[3] ، قال الزرقانى « وإذا أراد الصناع والاجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب الشىء ، حملوا على المتعارف بين الناس »[4] .

---

(1) البحر الزخارج 5ص 32.
(2) نهاية المحتاج ج 5 ص308 .
(3) نظرية العقد لابن تيمية ص 164.
(4) شرح الزرقانى على المختصر ج 7 ص 4 ط بولاق

وفى البهجة للتسولى ج 2ص 175 « فإن لم يبينا فى عقد الكراء: وقت أدائه واختلفا فيه ، فقال المكترى تعجيله فى أول الشهر وقال المكرى فى آخره حملاً على العرف ».

وكذلك إذا اختلف فى استحقاق الأجر ، كأن يقوم أحد بأداء عمل ثم يطلب على ذلك العمل أجراً ، فإنه يستحق الأجر مع يمينه أنه ما فعل ذلك متطوعاً إلا إذا شهدت العادة بأن مثله لا يأخذ الأجر فإنه عندئذ لا يستحق شيئاً .

وينطبق هذا على كل صانع وعامل نصب نفسه للعمل بالأجرة ، ومن هذا القبيل ما إذا ألحق أحد ولده بصانع يعمل معه ولم يتعرضا لدفع الأجر على من يكون؟ فإنه : يحتكم إلى العرف فى تلك الجهة . فهو الذى يحكم بالأجرة للصانع أو عليه [1].

ومما أحْتُكِمْ فيه إلى العرف أيضاً: الخيط والحبر على من

---

(1) ابن نجيم : الأشباه ص 100.

يكونان أعلى الخياط والكتاب أم العكس[1]؟ وكذلك الماء وآلات البناء هل هى على البناء أم على صاحب البناء[2]؟ .

ومعلوم أنه إذا لم يشترط تعجيل الأجرة فسد عقد الإجارة إلا إذا كان هناك عرف[3]، وإذا فسد عقد الإجارة ـ أو حصل تدليس ـ احتكم إلى أجرة المثل[4].

وفى نقر الرحا وإصلاحها يتبع العرف[5]، وكذلك فى استغلال الدور ما لم يكن شرط، إذ ليس له أن يحدث فيها ما يسىء إليها كدار أنيقة ليجعل فيها حدادة[6] أو نحوها مما يسبب لها ضرراً ، وإذا شرط صاحب الدار على المستأجر أنه إن سكنه يوماً من الشهر فباقيه : لازم ، أو كان العرف يقضى بذلك : وجب الدفع فى الحالتين أما إذا لم يعينا وقت الدفع واختلفا فيه : حملا على عرف البلد، فأمر الدور كما قال ابن القاسم: «على ما يعرف الناس »[7]

(1) (2) (3) (4) خليل ابن اسحاق : المختصر، باب الإجارة .

(5) أنظر لمدونة ج4ص 449.

(6) أنظر المدونة ج 4 ص 517 .

(7) نفس المصدر.

حتى قال السرخسى فى كنس مسيل ماء حمام الدار المكتراة : يتبع العرف [1] وبالنسبة للزوم الكراء، فى المشاهرة إذا أراد أحد المتكاريين أن يحل العقد فإنه يجوز له ذلك.

الأرض

وإذا كان المستأجر أرضاً زراعية ، ولم يسميا عند العقد ما يزرع فيها ، بطلت الإجارة عند البعض، وهناك من يرى جواز الإجارة إذا كان فى ما يزرع فى تلك الأرض عرف[2]، وعليه فاذا جرى عرف بزراعة شىء فيها فيتبع ، فالمعول عليه : العرف فإذا يزرع ، ومتى تخلى الأرض من زرعها ، والمدة التى يستغلها فيها المؤجر.

هذه أمثلة توضح ما للعرف من أثر فى الإجارة ، أما الآن فننتقل إلى عرض أمثلة توضح أهميته فى الأيمان .

---

(1) السرخسي : المبسوط ح 15 .

(2) النسولى : البهجة ج 2 ص 161.

(3) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 168 .

الأيمان مبنية على العُرف والعاده

نظراً لاختلاف المصطلحات ، وتعدد الأسماء للشيء الواحد وتضمين الأسماء غير مضامينها اللغوية أحياناً ، لهذا احتاج الفقهاء إلى العرف فيما يتعلق بالأيمان ، ليصلوا عن طريقه إلى قصد الحالف ، واهتموا به اهتماماً كبيراً، حتى إن بعضهم قدمه على اللغة ، وعلى القياس وعلى العرف الشرعى ، فقالوا فى من حلف لا يتكلم اليوم ثم صلى ، بأنه لا يحنث وهذا العرف الشرعى عند الحنفية[2] وبعض الشافعية كما فى نهاية المحتاج للرملى ح 8 ص 206 ، ومن حلف لا يشترى بنفسجاً اشترى : دهن بنفسج فإنه يحنث عند الحنفية[3] ، ومن حلف لا يلبس

---

(1) هذه العبارة للسرخسى ، انظر المبسوط ح 9 ص 15 .

(2)،(3) المبسوط للسرخسى ح 9 ص 22 وما بعدها وهذا من باب ترك

من غزل فلانة ، ثم لبس من غزلها[1] فإنه يحنث للعادة ، ومن حلف لا يدخل بيتاً ودخل مسجداً فوجهان عند الشيعة ، صحح ابن المرتضى عدم الحنث للعرف[2] ، لأن المسجد لا يسمى بيتاً فى العرف ، وعند الشافعية عدم الحنث أيضاً فى المسجد والحمام ، اتفاقاً أما إن دخل بيت شَعر ، فإن كان ممن يسكن بيوت الشعر حنث عندهم ، وإن كان ممن لا يستعملها فوجهان[3] .

ومن حلف لا يقعد على الأرض ولا نية له فقعد على بساط، لم يحنث[4] ، رغم أن القرآن سمى الأرض بساطاً، ومن حلف لا يأكل مطعوماً : لم يحنث[5] بالدواء إذ لا يسمى مطعوماً فى العرف .

= العرف الشرعي للعرف العادي .

(1) المبسوط ح9 ص2.

(2) البحر الزخار ج 5 ص 246.

(3) المهذب للشيرازى ج 2 ص 134 ط1959 م .

(4) مغنى المحتاج ج 4 ص 334 ط 1955 م وانظر المبسوط ج 9 ص 24 .

(5) البحر الزخار ج 5 ص250 .

ومن حلف لا يأكل بيضاً، فعند المحاملى : لا يدخل إلا بيض الدجاج ، وفى أصول البزدوى : (يختص بيض الأوز والدجاج)[1]، وفى المبسوط: عم بيض الطير كله ، ولكن لا يدخل بيض السمك ونحوه إلا أن ينويه ، وكل هذا يدل على أثر العرف، فكلٌ يفتى على حسب عرفه ، ولهذا أوجز بعضهم وقال إنه ينصرف إلى ما يؤكل عادة .

وفى من حلف لا يأكل رأساً ، كان أبو حنيفة يقول « يحنث بثلاثة أنواع من الرؤس: هى رأس الإبل ، ورأس البقر ، ورأس الغنم» لأنه رأى عادة أهل الكوفة أنهم يفعلون ذلك فى هذه الرؤوس الثلاثة ، ثم تركوا هذه العادة فى رأس الإبل ، فرجع وقال : يحنث فى رأس البقر والغنم خاصة .

ثم إن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله تعالى، شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا فى رأس الغنم خاصة فقالا : لا يحنث إلا فى رأس

---

(1) أنظر كشف الأسرار ج 2 ص98 .

الغنم ، فعلم أن الاختلاف: اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حكم وبيان والعرف الظاهر أصل فى مسائل الأيمان)[1] .

ولقد ذهب بعض الحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية فى عدم الحنث إلا برأس تؤكل عادة ، وممن ذهب إلى هذا من الحنابلة : أبو الخطاب وغيره ، وهو ما مشى عليه صاحب الترغيب ، حتى قال: « فإن جرت عادة قوم بأكل رؤوس الظباء حنث به فى ذلك المكان »[2] .

وعلى العموم فيمكن القول بأن للحنابلة قولين كما يمكن تصنيفهم إلى مجموعتين إحداهما : تعتبر العرف ولا ترى الحنث إلا فى المتداول عرفاً ، والأخرى لا تقول بالعرف وإنما تقدم عليه فى الغالب اللغة والعرف الشرعى ، وتبنى الحنث وعدمه على هذا الأساس، أى أن العرف إذا كان مخالفاً لحقائق اللغة أو العرف الشرعى

(1) أنظر المبسوط للسرخسى ج 9ص 678.
(2) أنظر في كل ما يخص الحنابلة هنا قواعد ابن رجب القاعدة 121.

فإنه لا عبرة به ، ولا التفات إليه ، وإنما يعمل بالعرف الشرعى وباللغة ، وهذا يصدق على كل من البيض، ولحم السمك ، ودخول البيت ، وهو ما تقدم الحديث عنه ، أنظر قواعد ابن رجب الحنبلى القاعدة (121) ص274 وما يقال عن الحنابلة يمكن أن يقال عن الشافعية[1] بالنسبة للرؤوس واللحم والبيض، بل لعل موقف الشافعية فى هذه الثلاث : أقرب إلى رأى الحنفية .

جاء فى المنهاج وشرحه أن من « حلف لا يأكل الرؤوس ـ ولا نية الرؤوس ـ ولا نية له ، حنث برؤس تباع وحدها ، لا : برؤس طير وخيل وحوت وصيد، إلا إن كان الحالف من بلد تباع فيه مفردة »[2] .

انتهى من المنهاج والنهاية بتصرف قال الشبر مالسى فى

(1) ـ أنظر المهذب للشيرازى ح 2 ص 134 ط الحلبى

(2) ـ نهاية المحتاج على شرح المنهاج بحاشية الشبرا ملسى ج 8ص 197 ط 1967 م .

حاشيته على نهاية المحتاج تعقيباً على قول الرملى «من أهل بلد علم أنها تباع فيه مفردة»[1] ناقلاً عن غيره « إذا اعتيد فى بلد ما بيعها مفردة » على أننا نلاحظ أن هذا ربما لا يتفق وقاعدة : (إذا ثبت العرف فى موضع : عم) التى يقول بها بعض الشافعية والتى تعنى عدم الاعتراف بالعرف الخاص وهو ما يخالفه جمهور الفقهاء .

ولعل فيما قدمناه : كفاية فى الدلالة على أهمية العرف فى الأيمان وبالنظر إلى ترتيب هذه المواضيع على حروف المعجم ، فإن الموضوع الذى يلى الأيمان هو البيوع ، ومن ثم ننتقل إليه بالحديث.

البيوع والعرف :

يشكل البيع والشراء : القسم الأكبر من النشاط البشرى لأى مجتمع ، ذلك لأنه الوسيلة العامة لتبادل الأعواض ونقل الملكيات ، وطبيعى أن الأعراف تنمو

---

(1) المصدر السابق.

وتتنوع بنمو وتنوع نشاط السكان ، ومن هنا كان أثر العرف واضحاً فى قضايا البيع والشراء، ولسنا هنا بصدد استقصاء مظاهر أثر العرف وإنما نحن بصدد بيان بعض هذا الأثر، لهذا سأكتفى بذكر ما يفى بهذا الغرض، وينتظم ذلك فى الآتى :

الصيغة ، والبيع المطلق، والثمن وقبضه، وقبض السلعة والآجال ، وما يتبع أو لا يتبع المبيع عند عدم ذكره ، وكيفيات التسليم والتسلم ، وما يعد أو لا يعد عيبا فى المبيع ، وما يلحق برأس المال من المصاريف ، وأجرة السمسار ، والشروط فى البيع والخيارات فيه ، كخيار المجلس وخيار الغبن عند من يقول بهما وأبدأ بطرح هذا السؤال : بماذا ينعقد البيع ؟

أجاب ابن المرتضى عن هذا السؤال بقوله :

« ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك عرفاً »[1] ، إذن فلا تلزم صيغة معينة لوقوع البيع ، بل إذا توافر الإيجاب

---

(1) البحر الزخارج 4 ص 298.

والقبول اللذان هما (عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع فى عرف البلد والقوم) :[1] تم البيع .

وأبادر إلى القول بأن هذا ليس عند كل الفقهاء ولكنه عند الأغلب ، ولعل أبرز من قال بعدم اشتراط صيغة معينة للبيع الإمام مالك رضى الله عنه ، فلقد روى أنه قال : « كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع »[2] ولقد قال بقول الإمام هذا أئمة حتى من غير المذهب المالكى ، وأخص بالذكر من الشافعية صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى[3] ، الذين تركوا قول إمامهم فى هذا الشأن ، وحجتهم كما أوردها النووى « إن الله تعالى : أحل البيع ، ولم يثبت في الشرع لفظ له ، فوجب الرجوع إلى العرف ،فكل ماعده الناس بيعاً كان بيعاً »[4] . ولقد توسع البعض فى هذا حتى أجازوا أنواعاً

---

(1) أنظر المادة (168) من مجلة الأحكام العدلية .

(2) أنظر المجموع شرح المهذب للنووى ح 9 ص 162 وما بعدها .

(3)، (4) المصدر السابق .

من البيوع منها : المعاطاة ، كما فى المجموع للنووى [1] ومختصر خليل، وأصله لابن القاسم[2]، والبيع على التقاضى كما رواه الإمام زروق عن محمد ، ونقله عنه التاودى[3] فى شرحه لتحفة ابن عاصم وكذلك البيع على الأنموذج أو العينة أو البرنامج[4]، كما فى شرح الرسالة لابن ناجى ومجلة الأحكام العدلية انظر شرح المادة (324) لعلى حيدر ولقد جعلوا الأصل فى جواز هذه الأنواع كلها : العرف والعادة .

البيع المطلق :

البيع المطلق ينعقد حالاً إذ إن هذا ما يقتضيه البيع ، لكن إذا جرى عرف بالتأجيل عند الإطلاق : انصرف[5]

---

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر مختصر خليل أول باب البيوع ص 168 .

(3) أنظر لشرح التاودى للعاصمية هامش البهجة للتسولى ج 2 ص 11 .

(4) أنظر المدونة ج 4 ص 212 .

(5) أنظر المادة 425 من مرشد الحيوان .

إليه ، وهذا ما جاء فى الأشباه لابن نجيم[1] وصرح هناك بـأن الأصل فى ذلـك : العرف ولقـد تضمنت هذا المعنى المـادة (251) من مجلة الأحكام العـدلية ونصهـا : « البيع المطلق ينعقد معجلاً ، أما إذا جرى العرف فى محـل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً ، أو مقسطاً بأجل معلوم : ينصـرف البيع المـطلق إلى ذلك الأجـل ـ مثلا لـو اشترى رجل من السوق شيئـاً بدون أن يـذكر تعجيـل الثمن ولا ولا تأخيره لـزم عليه أداء الثمن في الحـال ، أما إذا كـان جرى العرف والعادة فى ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعضها معها منه بعد أسبـوع أو شهر : لـزم اتباع العـادة والعرف فى ذلك »[2] .

الاختلاف على الثمن :

يتصور حصول الاختلاف على الثمن من عدة وجوه ، ذلـك أنه قـد يختلف عليه من حيث الجنس ـ مـا إذا كان

---

(1) أنظر الأشباه ص 95 .

(2) نظر شرح المادة 251 لعلى حيدر .

نقداً أو عرضاً - أو يكون سبب الاختلاف تعدد العملات المتداولة فى البلد، كما قد يتخلف على قبضه ، كأن يدعى المشترى دفع الثمن والبائع ينكر ذلك إلى غير ذلك من أوجه الاختلاف .

فإذا اختلف البيعان فى السكة بأن « قال أحدهما من سكة كذا ، وقال الآخر من سكة كذا : فلهما السكة المتعارفة[1] فى تلك السلعة أما إذا اختلفا فى قبض[2] الثمن فقال ابن سلمون : «إن كان المبيع مما العرف فيه بيعه بالنقد . . . فالقول فيه : قول المبتاع مع يمينه »[3].

وفى المدونة قال مالك : « أما ما كان من البيوع . مما يتبايعه الناس على وجه الانتقاد - شبه الصرف - مثل الحنطة والزيت واللحم والفواكه والخضر كلها ، وما يبتاع

---

(1)،(2) أنظر البهجة للتسولى ج 2 ص 175 وما نقلناه عنه : بتصرف .

(3) ابن سلمون : العقد المنظم للحكام مطبوع مع تبصرة ابن فرحون جـ 1 ص 230 ط 1301 هـ.

(4) وانظر التاج والإكليل للمواق هامش الحطاب ج 4 ص 511 ط 1978 م .

الناس فى أسواقهم مما يشبه هـذه الأشياء فـإن ذلك مثـل الصـرف فالقـول فيه قـول المشترى وعليـه اليمين » انـظر جـ4ص 44 من المدونة .

والاختـلاف فى قبض السلعة : ينـطبق عليه مـا ينطبق على الاختلاف فى قبض الثمن[1].

قال ابن عاصم في التحفـة فى ما يتعلق بـالاختلاف فى قبض الثمن :

فالقول قول مشترٍ بعـد الحلف : فى القبض فيما بيعـه نقداً عرف.

العرف والآجال فى البيوع :

قد يتعارف الناس بيع شىء بالأجل ، فـإذا بيع شىء من هذا اعتبر مؤجلاً إذا لم يتفقا على خلافة ، غير أنه قد يحصل الاختلاف لا فى وجود الأجل وإنما فى طوله وقصره

---

(1) انظر العقد المنظم للحكام لابن سلمون هامش تبصرة الحكام جـ 1 ص 244 ، 246.

بأن يدعى البائع أجلاً قريباً ، والمبتاع يـدعى أجلاً بعيـداً لا يتبايع النـاس إلى مثله، وفى هذه الحـالة يصـدق الذى يـدعى الأشبـه بآجـال بيـوع النـاس فى تلك الجهـة[1]، والأقرب إلى تعاملهم ، لأن « المدار فيها يتعلق بالآجال : على العوائد»[2] .

وفى المدونة قال مالـك : « إن كان الـذى ادعى المبتاع أجـلاً قريبـاً لا يتهم فى مثله فالقـول : قولـه ، وإلا كـان قول البائـع الذى قـال حالـة ، إلا أن يكون لأهـل تلك السلعة أمر يتبايعون عليه قد عرفوه فيكون القول قول من ادعى الأمر المعروف عندهـم »[3] .

ما يتبع المبيع بناء على العرف:

يمكن القول بوجه عام إن كل ما جرى العرف بإلحاقـه بالمبيع : يدخل فى المبيع ، ولو لم يذكر عند العقد، ولهـذا

---

(1) أنظر البهجة للتسولى جـ 2 ص 89 .
(2) أنظر حاشية ابن رحال على شرح ميارة للعاصمية جـ 2 ص 23 .
(3) أنظر المدونة جـ 48ص 254 .

تجد الفقهاء يختلفون فيما يتبع المبيع أو لا يتبعه ، والدليل على ذلك كثرة كلامهم الدال على هذا المعنى ، مثل قول بعضهم : إن هذا كان بناء على عرف ديارهم[1]. ونقل ابن نجيم عن الملتقط قوله « دخول البرذعة والإكاف فى بيع الحمار مبنى على العرف »[2] ، وقال عز الدين بن عبد السلام : «تندرج الأبنية والأشجار فى بيع الدار، حتى لو لم يصرح البائع بذلك بناء على العرف الغالب »[3]وجاء فى بدائع الصنائع ما نصه «وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود : إنها تحمل على العادة لكل بلد » ، الكاسانى فى البدائع ج 4 ص 432، وانظر العناية على البداية للبابرتى ج 3 ص 36 والمبدع لابن مفلح ج 4 ص85 والمادة (23) من المجلة .

---

(1) أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 6 ص 280.

(2) أنظر الأشباه لابن نجيم ص 100.

(3) أنظر قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ج 2 ص 114 وانظر تبصرة الحكام لابن فرحون الباب السابع والخمسون.

العرف يحدد ما هو العيب :

المطلوب فى البيع والغالب فيه أن يكون المبيع سالماً من العيوب غير أن السلامة من العيوب أمر نسبى، فقد تختلف النظرة إلى الشىء الواحد، عندما يراه اثنان فيقول أحدهما إنه لا عيب فيه بالنظر إلى ضآلة ما به من العيب، بينما يجزم الآخر بوجود العيب نظراً إلى عدم سلامته بالكلية . ولعل هذا هو الذى حمل الفقهاء على تحكيم الرأى العام أو العرف والعادة فى كل جهة . قال الشيرازى : « العيب الذى يرد به المبيع . . هو ما يعده الناس: عيباً »[1] وقال صاحب البداية وهو يتحدث عن العيب : « . . . والمرجع فى معرفته : عرف أهله »[2] . وفى المبسوط « والرجوع فى معرفة العيب إلى العرف »[3] .

---

(1) أنظر المهذب ج 1 ص293 .

(2) بداية المبتدى وشرحها للمرغنانى ج 3 ص 36.

(3) المبسوط للسرخسى ج 13 ص 51 .

الشروط فى البيع :

الشرط فى الغالب يخالف مقتضى البيع ، ولهذا ورد النهى عن بيع وشرط[1]، ولكن ورد أيضاً (المسلمون على شروطهم)[1] ، ويبدو أن بعض الفقهاء عملاً منهم بالجمع بين الأدلة : منعوا بعض الشروط وأجازوا البعض الآخر . ومما أجازه بعض الفقهاء من الشروط : الشرط الذى يقتضيه العقد ، أو يؤكد موجبه ، أو يجرى به العرف[2].

ونقل التسولى عن المعيار قوله : « سئل ابن رشد عما يكتب من الشروط على الطوع والعرف يقتضى شرطيتها ، فقال : إذا اقتضى العرف شرطيتها فهى : محمولة على ذلك »[4] .

---

(4) أنظر المدونة ج 4 ص1881 وانظر الجامع الصغير بشرح المناوى ج ص 272 .

(2) رسالة نشر الطرف ج 2 ص 121 من مجموع رسائل ابن عابدين .

(3) أنظر شرحى العاصمية للتاودى والتسولى ج 2 ص66 .

وفى المادة (188) من المجلة (البيع بشرط متعارف ـ يعنى المرعى فى عرف البلد ـ: صحيح ، والشرط: معتبر).

الخيار فى البيع :

لست فى حاجة إلى الحديث عن مبدأ العمل بالخيار فى البيع وأنواعه ولا عمن أجازه أو منعه ، وإنما يهمنى أن أذكر أن الذين أجازوا بعض أنواع الخيار فى البيع احتاجوا إلى العرف لتحديد أو بيان بعض ما يتعلق به، كما فى خيار الشرط، وخيار المجلس وبقية الخيارات الأخرى.

خيار الشرط:

سئل ابن القاسم عمن اشترى فاكهة رطبة واشترط الخيار يوماً أو يومين فأجاب بأنه (لم يسمع من مالك فى هذا شيئا (قال) وأرى أن ينظر فى هذا إلى ما يصنع الناس) أنظر المدونة ج 4 ص 171 وقال التسولى فى بيع الخيار: « الذى يشترطه أحد المتبائعين ، أو كل منهما

على صاحبه أو جرت العادة باشتراطه ـ لأنها كالشرط ـ : جائزا الوقوع)[1].

ومن هذا ما لو شرط الخيار ولم يحدد له أجلاً، فعند ابن القاسم جائز[2] ويجعل له من المدة ما يختبر مثله فيها ، وعزاه ابن المرتضى فى البحر[3] الزخار لمالك .

بعض الخيارات الأخرى:

خيار المجلس ينتهى بالتفرق، والتفرق غير منضبط فاحتاج الفقهاء إلى العرف لمعرفة التفرق من عدمه ، وكذلك الحال فى خيار الغبن عند من يقول به ، فإن الغبن الموجب للرد هو ما يزيد على العادة ، أنظر البحر الزخار ح 4 ص 345 .

وقالوا فى خيار العيب إنه يبيح الرد إذا كان ذلك

---

(1) البهجة ج 2ص 58.

(2) المدونة ج 4 ص 199 .

(3) البحر الزخار ج 4 ص 348.

العيب غير بسيط[1]، غير أنهم قيدوا الرد بما إذا لم يطل الزمن ، والطول يحدد بحسب العرف المعتاد[2] وأخيراً خيار الوصف وهو نوعان ، منه ما يثبت بالشرط نصاً ، ومنه ما يكتفى فيه بالشرط العرفى ، ومثلوا له بشخص اشترى بقرة ، وظهر بعد الشراء أنها غير حلوب فإذا كان من المتعارف أن شراء تلك البقرة أنما لكونها حلوباً فللمشترى أن يردها ، أما إذا كان شراؤ ها للذبح مثلاً فليس له ذلك [3].

قالوا وهذه الحالة قد تعرف بعادة المشترى أو بقرائن الأحوال، كما إذا اشترى مسلم شاة قرب عيد الأضحى فإنها تحمل على الشاة التى تتوافر فيها شروط الأضحية وأخيرا نشير إلى أن هناك أشياء جاز بيعها بناء على العرف، أى أن العرف هو الأصل فى جواز هذا البيع ، ومن هذه الأشياء: بيع المغيبات فى الأرض كالجزر

(1) أنظر كشاف القناع للبهوتى ج 3 ص201 .

(2) أنظر شرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر ج 1 ص 283.

(3) أنظر المهذب للشيرازى ج 1 ص290.

واللفت ونحوهما ، ومنها بيع ما تتلاحق أفراده كالقثاء ونحوه ، ومنها بيع دودة القز والعلق بعد أن ثبتت ماليتها بالتعامل ، وقد كانتا محسوبتين من جملة هوام الأرض التى لا مالية لها عند أبي حنيفة وقد تقدم بعض هذا.

بقى أن نشير إلى عقدين هامين ، هما : عقد السلم وعقد الاستصناع فهذان العقدان من أشهر العقود التى ارتبطت بالعرف وبصرف النظر عن الأصل فى جوازهما ، أهو العرف أو الإجماع، أو السنة أو الكتاب ، فإنه مما لا شك فيه أن الناس قد تعارفوا على هذين العقدين قبل التشريع ، فإذا قلنا إن الأصل فى جوازهما الكتاب والسنة فإن هذا يعنى أن الكتاب والسنة أقرا العرف لأنه سابق عليهما فى الوجهة التاريخية على الأقل وإضافة إلى ذلك فإن العرف ارتبط بهذين العقدين ، حيث احتاج الفقهاء إليه لبيان وتوضيح وضبط جزئيات كثيرة فى هذين العقدين على ما يتضح لنا الآتى :

عقد السلم :

من المعلوم أن : من شروط السلم أن يكون المسلم

فيه (مؤجلا بأجل معلوم للمتعاقدين حقيقياً وأقله نصف شهر عند ابن القاسم[1] أو حكمياً كمن لهم عادة بوقت القبض، فلا يحتاج إلى : ضرب أجل) ، قال ابن عابدين : «ينظر إلى العرف فى تأجيل مثله »[2] كما أن من شروطه أيضاً : أن يكون معلوم المقدار . . . أى أن يكون بما جرت العادة به من كيل أو وزن ، أو عد، أو ذرع ، أى (أن يكون معلوم المقدار بعادته) انظر ميارة على العاصمية ج 2 ص 80، فإن اشترط المسلم مكيالاً من عنده أو مكيالاً قد ترك الناس التعامل به . . . فلا يجوز عند ابن القاسم، وفى مختصر خليل وأن يضبط بعادته ، من كيل أو وزن أو عدد)[3].

ويشترط فى المكيال أن يكون غير قابل للانقباض والانبساط . . ، إلا أنه يصبح السلم في الماء مع أهل القرية بناء على التعامل فيه ،، شرح المادة 386 من مواد

(1) شرح ميارة للعاصمية ج 2 ص80 .
(2) أنظر رد المحتار لابن عابدين ج 5 ص125 .
(3) أنظر مختصر خليل ص 193 .

المجلة (لعلى حيدر)، كما أن من جملة شروطه، ضبط الصفة التى تختلف بها القيمة اختلافاً لا يتغابن فى مثله ، والرجوع فى ذلك إلى العوائد[1].

كما قالوا : يلزم لصحة السلم فى العدديات المصنوعة ، كابن البناء والآجر : - معرفة أبعاد القالب الثلاثة ، إلا إذا اصطلح[2] أهل بلد على قالب مخصوص :

فيكفيهم ذلك ، وقالوا يتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه إلاَّ إذا عين غيره وإن كان المسلم فيه يوجد ببلد آخر : صح السلم إن اعتيد نقله إلى محل التسليم للبيع (فاعتياد نقله للمعاملة من محل إلى محل كاف فى الصحة) أنظر نهاية المحتاج للرملى ج 4 ص193 وفى الفتاوى الخانية (ولو أسلم فى الحنطة وزناً ، روى الحسين عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه : لا يجوز،

---

(1) شرح العاصمية لميارة ج 2 ص 80 .

(2) أنظر شرح المادة 384 من مجلة الأحكام العدلية ج 1 ص 351.

وروى الطحاوى عن أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه يجوز ، وعليه الفتوى، لتعامل الناس).

وفى الفتاوى البزازية ، وأفتى القاضى والطحاوى بجواز السلم فى الحنطة وزناً ، وبه يفتى للعرف العام والحاجة إليه) أنظر الفتاوى البزازية هامش الفتاوى الهندية ج 4 ص 355.

عقد الاستصناع :

من المعلوم أن عقد الاستصناع ثبت جوازه على خلاف القياس ، لأنه: بيع معدوم . يقول الزيلعى فى تبين الحقائق : «ان الاستصناع : ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل »[1] .

ويقول السرخسى فى المبسوط فى هذا الشأن : « . . . ولكنا نقول : تركنا القياس لتعامل الناس فى ذلك . . . »[2] .

---

(1) أنظر ج 5 ص 130.

(2) المبسوط ج 12 ص 124.

ومع أن هناك من يرى أن الاستصناع ثبت بالسنة ، حيث إن النبى ﷺ ، استصنع خاتماً ، كما استصنع المنبر، فإن كلا من الزيلعى والسرخسى وكذلك الكاسانى وغيرهم من الحنفية ، جعلوا الأصل فى جواز هذا العقد: التعامل أو العرف، سواء قصد بهذا التعامل الإجماع أو مجرد العرف وحتى لو قلنا بثبوت جواز عقد الاستصناع بالسنة فإن العرف هو الذى أصبح يحدد المجالات أو الأشياء التى يجوز فيها الاستصناع فما تعارف الناس استصناعه جاز فيه الاستصناع ، وما لا فلا ، يقول الأستاذ عمر عبد الله : « فالمدار فى صحة الاستصناع وعدمه ، إنما هو : عرف الناس والتعامل به ، فإذا وجد عرف وتعامل به : صح ، وإن لم يوجد لا يصح الاستصناع »[1] وهذا ما جاء فى المجلة وهو ما يفيده صدر المادة (389) غير أن ما جاء فى آخر هذه المادة ربما لا يتفق مع ما جاء فى صدرها ، ولعلها راعت فى ذلك قولاً ضعيفاً نسب إلى القهستانى ، فانظر تمام هذا فى شرح

---

(1) عمر عبد الله ، العرف فى الفقه الإسلامى ص 37.

المادة المذكورة لعلى حيدر ، ومهما يكن من أمر فإننا نكتفى بما ذكرناه عن عقدى السلم والاستصناع رغم أن المقام يقتضى الإكثار من ذكر الأمثلة وذلك بالنظر إلى أهميتهما باعتبارهما من أوضح ما يدل على سماحة الشريعة الإسلامية حيث إنهما شرعا استثناء مما جاءت به بعض النصوص الشرعية . ولكن ربما شفع لنا أن قصدنا هو ذكر الأمثلة وليس الاستقصاء ، وننتقل إلى الحديث عن النكاح .

النكاح وما يتعلّق به :

النكاح من أهم العقود فى حياة الأفراد والجماعات ، وهو من أقوى الروابط الاجتماعية ، لما يترتب عليه من الآثار ، كثبوت النسب والتوارث وبناء الأسر وترابطها وعلاقتها ببعضها البعض، ناهيك عما ينتج عن انفصامه من العلاقات السيئة بين الأزواج ، وربما شمل أطرافاً أخرى كأقرباء الزوجين ، لهذا كله نرى الشارع الحكيم قد أحاط هذا العقد بكل ما يكفل بقاءه واستمراره من القيود والضوابط وما رغب فيه وندب إلى فعله ، مثل :

طلبا الكفاءة ، والنظر إلى الزوجة ورضائهما، وما إلى ذلك من الأمور التى تساعد على بقاء هذا العقد، ورغم أن الشارع الحكيم مراعاة منه لأهمية هذا العقد قد شدد فيه ما لم يشدد فى العقود الأخرى كالبيع ونحوه ، نقول رغم ذلك فقد أحال على العرف والعادة كثيراً من قضايا هذا العقد .

وإذا كانت أغلب النصوص الدالة على هذه الإحالة ، هى من أقوال الفقهاء واستنباطاتهم فإن ذلك لا يقلل من أهميتها ، حيث إن قائليها : فقهاء ثقاة مجتهدون ، أفرغوا وسعهم فى محاولة معرفة ما ترشد إليه نصوص الشريعة ، بل إن لهم أسوة حسنة فى قضاء رسول الله ﷺ فى بروع بنت واشق الأشجعية التى نكحت رجلاً وفوضت إليه ، فمات قبل أن يسمى لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ ، بصداق نسائها) ، أى قضى لها بما يمكن أن يسمى بعرف نسائها فى مهورهن ، ولقد قضى بهذا القضاء عبد الله بن مسعود على غير علم بقضاء رسول الله هذا ، حتى إنه سر كثيراً عندما قيل له : إن قضاءه وافق قضاء

رسـول الله ، وهذه الحكـايـة ـ إن صحت[1] فـإنها تكـون سنداً للفقهاء القائلين بالعرف، لأنه إذا كـان النبى قضى بهـذا القضاء فقـد انتهى الأمر ولا إشكـال وكـان هـذا: موجباً للعمل بالعـرف، وإذا لم يقض النبى بذلـك فكفى الفقهـاء اقتداء بعبـد الله بن مسعـود ومهـما يكن من أمـر فسنورد فيما يلى أمثلة تدل على تغلغل العرف فى جزئيـات هذا العقد ، مبتدئين بأولى مراحل تكوينه .

الكفاءة فى الزواج :

يقول الأستاذ عمر عبد الله : «وأجمع الجمهور من فقهاء الشريعة الإسـلامية عـلى اعتبار الكفـاءة بين الـزوجين ، وإن اخـتلفـت الأئمـة فى الأمــور الـتى تعـتبـر فـيـهـا الكفاءة . . . »[2] .

وجاء فى فتح القدير قوله : « . . . فـإذا ثبت : اعتبار

---

(1) أخرج هذا الحديث جماعة من المحدثـين منهم : أبو داود، أنـظر عون المعبود ج 6 ص 148 والحاكم فى المستدرك ج 2 ص180 .

(2) العرف فى الفقه الإسلامى ص 52 .

الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به »[1] وهذا ما يتفق مع ما جاء فى البهجة[2] للتسولى والبحر الزخار[3] للمرتضى والرويانى ونقله عنه الرملى فى نهاية المحتاج[4] .

تقديم الهديه للعروس :

إن هدية العرس أو ما يتبادله العروسان قد تركها الإسلام ، ولم يخصها بشىء إلا ما جاء من الندب إلى التهادى بصفة عامة ، ولهذا أحال الفقيه هدية العرس على العرف ، روى ابن القاسم عن مالك : أنه يلزم الناكح هدية العرس إن كان قد عرف من شأنهم ذلك[5] ، فإذا حصل عدول عن الخطبة من جهة المخطوبة فللخاطب ـ على ما يرى المالكية ـ استرداد ما

(1) فتح القدير لابن الهمام ح 3 ص 299 ط دار الفكر 1977 م .
(2) ج 1 ص 262 .
(3) ج 4 ص 50 .
(4) ج 6 ص 258 .
(5) تبصرة الحكام لابن فرحون باب القضاء بالعرف والعادة .

قدمه من الهدايا ، إلا إذا كان هناك عرف أو شرط [1] ، وقريب من الهدايا ما يعرف بالشبكة ، فإذا كان العرف يعتبرها من المهر أخذت حكمه ، وإلا انطبق عليها ما ينطبق على الهدايا .

الإعراب عن الموافقه على الزواج :

لما كان الرضا : شرطاً أساسياً لإجازة عقود المعاوضات فأحرى به أن يكون ذلك فى عقد النكاح ، وعليه فلا غرابة أن يأمل الشرع بالتعبير عن هذا الرضا والإشهاد عليه ، ولكن لما كانت البكر تستحيي من التعبير صراحة عن رضاها فى هذا الشأن عادة أعفاها الشرع ـ مراعاة لهذه العادة ـ من التعبير الصريح ، واكتفى منها بأبسط وسائل التعبير عن رضاها وهو الصمت الذى يتضمن عدم الممانعة ، فاعتبر صمتها : إذنها بالموافقة وفى الحديث (إذنها صمتها)[2] ، ورغم أن النص اقتصر

---

(1) أنظر الأحوال الشخصية لزكي الدين شعبان ص 78، 79 .

(2) هذا الحديث رواه مسلم بأكثر من لفظ أما أول هذا الحديث المروى =

على الصمت فقط كعلامة على الرضا ، فقد توسع بعض الفقهاء فى هذا ، واعتبروا كل ما يدل فى العرف على الرضا : إذناً منها .

جاء فى البحر الزخار عطفاً على الصمت قوله : « . . . وكذلك الهرب وتغطية الوجه ، لأجل العادة »[1] .

ونلاحظ أن بعض الفقهاء ومنهم : جمهور المالكية ـ اشترطوا التعبير الصريح من البكر فى بعض المسائل يهمنا منها : ما إذا زوجت البكر بمهر من العروض بدل النقد ، غير أنهم قالوا بإلغاء هذا الشرط ، إذا كانت من قوم عادتهم[2] دفع العروض بدل النقد فى المهر .

= عن ابن عباس فهو : الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها : صمتها انظر صحيح مسلم بشرح النووى ح 9 ص 204 .

(1) البحر الزخار ج 4 ص 28 .

(2) البهجة للتسولى ج 2 ص 266 .

الجهاز :

إذا أخرجت الزوجة ضمن شوارها قميصاً أو كسوة لزوجها ، ثم ادعت أنها عارية . . فإذا كان بتلك الثياب عرف جرى به العمل . . حكم به[1] . . . وكذلك : إذا جهز الأب ابنته بجهاز ، ثم ادعى بعد ذلك أن بعضه كان عارية ، فلا يصدق ، إذا سكت حتى مضى أكثر من سنة ، وذلك لأن العرف فيها يخرج ليلة البناء أن يكون من شوارها ، وقد عضده : عدم طلبه لذلك فى السنة [2] .

المهر وتقديره :

دخل العرف فى تحديد أو تعريف المهر ، قال بعض الفقهاء فى شروط المهر يجب أن يكون الصداق مالاً متمولاً عادة ، يمكن تنصيفه ، بحيث يكون نصفه مما يبذل العوض فى مثله عرفاً[3] ، وإضافة إلى هذا نلاحظ

---

(1) أنظر البهجة للتسولى ح 1 ص 294 .

(2) البهجة للتسولى ج 1 ص 296 وانظر الأشباه لابن نجيم ص 100 .

(3) ابن قدامة فى المغنى ج 7 ص 217 .

أن الفقهاء كثيراً ما أحالوا على مهر المثل الذى جاءت بـه السنة كما تقدم ، وما مهر المثل إلا عمل بالعـرف وتحكيم له .

هل تجب صيغة معينة لأنعقاد النكاح ؟ :

أجـاب الـرمـلى فى نهايـة المحتـاج عن هـذا السؤال بقـولـه : « . . . المـدار فى الصيغـة عـلى المتعـارف فى محـاورات الناس »[1] فـلا يضر اللحن أو الخـطأ فى التعبير إذا اشتمل الكلام عـلى النكاح أو الـزواج بل لقـد ذهب البعض إلى عـدم اشتراط الصيغـة أصـلاً إذا كـان هنـاك عرف يقوم مقـامها كـما فى إرسال الهـدايا للمخـطوبة متى كـانت عادتهم وعـرفهم : ترتيب آثـار النكاح عـلى هـذه الأمور .

وهذا ما أفتى به الشيخ أبو سالم الجلالى، أنظر البهجـة للتسولى[2] ، وانظر أيضـاً ما أفتى بـه الشريف المـزدغى ، حيث جعل العرف يقوم مقام الوكالة[3] فى الزواج .

---

(1) الرملي نهاية المحتاج ج 6 ص 211 .

(2) ,(3) التسولى : البهجة ح 1 ص 241 .

إثبات واقعة النكاح :

ومما بنوه على العادة أن الأعمى إذا خلا بزوجته ، ثم ادعى عدم العلم بها وكذبته ، فلا يصدق فى دعواه[1] ، لأنه يدعى خلاف الظاهر إذ فى العادة أنه لا يخفى عليه ذلك ، وهذا ما صرح به ابن تيمية فى نظرية العقد 238، 239 .

ومن هذا القبيل ما إذا كانت عادة قوم عدم الكتب حين العقد فلا يسمع من الزوجة بعد الدخول نكرانها ، أو أنها غير راضية حتى تثبت ذلك ببينة[2] .

الإختلاف فى قبض المهر أو قدره :

إذا اختلفا فى قبض المهر ، فإذا كان هذا الاختلاف بعد الدخول فلا تصدق المرأة فى دعواها ، وذلك لأن العادة أن المرأة لا تسلم نفسها إلا بمهر ولو بجزء منه ، (وحكى هذا عن فقهاء المدينة السبعة وبه قال مالك[3]

---

(1) البحر الزخار ج 4 ص 28 .

(2) البهجة للتسولى ج 1 ص 245 .

(3) انظر المغنى لابن قدامة ج 7 ص 235 .

وقيد أصحابه هذا بما إذا كانت العادة تعجيل الصداق ، أو كان الخلاف فيما يعجل منه عادة)[1] .

وذهب ابن الهمام فى فتح القدير إلى أنه لا يحكم لها حتى بمهر المثل (بل يقال لها : لا بد أن تقرى بما تعجلت ، وإلا حكمنا عليك بالمتعارف)[2] . ومن بعث إلى امرأته شيئاً ، فقالت : هو هدية ، وقال الزوج : هو من المهر ، فإنه يصدق ، إلا فى الطعام الذى يؤكل وهو ما يكون مهيئاً لهذا الغرض كاللوز والدقيق ونحو ذلك ، لأنه يتعارف هدية ، وفى المغنى (وحكى عن مالك أنه قال : إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول : قولها ، لأن الظاهر معها)[3] .

وقالوا إن الزوجة يجب عليها أن تعد من الطعام فى العرس مما يجرى به العرف ، ويسعه ما قدمه إليها[4] ،

---

(1) المصدر السابق .

(2) ابن الهمام : فتح القدير ج 3 ص 279 .

(3) ابن قدامة : المغنى ج 7 ص 236 .

(4) أنظر البهجة للتسولى ج 1ص 282, 288 .

أما إذا اختلفا فى قدر المهر ، أو فى نوعه أو صفته قبل البناء ففيه قولان : أحدهما أن القول لمن يدعى ، الأشبه بيمينه[1] ، وعند أبي حنيفة ومحمد : القول قولها ، إلى مهر مثلها وعند أبي يوسف القول : قوله قبل الدخول وبعده ، إلا إذا أتى بما لا يتعارف مهراً لمثلها كما جاء فى البداية وشرحها ، أنظر فتح القدير لابن الهمام ج 3 ص 373 .

الاختلاف فى الكوالىء :

إذا عقد الزوج على زوجته بصداق بعضه : معجل ، وبعضه : مؤجل ولم يضربا له أجلاً وكان لهم عرف فى ذلك الأجل من حيث الطول والقصر ، حملا على ذلك العرف[2] .

والغريب أن يذهب بعض الفقهاء ـ كما فى نوازل العلمى ـ[3] إلى القول بأن المرأة لا تمكن من قبض الكالى

---

(1) المصدر السابق .

(2) أنظر البهجة للتسولى ج 1 ص 250 .

(3) المصدر السابق .

ـ المؤجل ـ بعد حلوله ولا يقضى لها بـه إلا عند مـوت ، أو طلاق ، لأن العادة : جرت بذلك .

تحديد النفقة والكسوة موكول إلى العرف :

أجمع الفقهاء على أن نفقة الـزوجة عـلى الزوج القـادر الموسر على تفصيل ذلك ، واختلفوا فى تقديرهـا ، فذهب الشـافعى ـ فى أشهر قـوليه ـ إلى أنها مقـدرة بـالأمـداد ، وذهب جمهـور الفقهـاء إلى أن تحـديـدهـا مـوكـول إلى العرف .

قـال ابن تيمية : « والصواب المقـطوع به عنـد جمهور العلماء أن نفقـة الزوجـة مـرجعهـا إلى العـرف ، وليست مقـدرة بالشـرع ، بـل تختلف بـاختـلاف أحـوال البـلاد والأزمنة وحال الزوجين وعادتهما »[1] .

وهـذا ما ذهب إليـه بعض الشافعيـة . فلقـد حكمـوا العـرف فيـما يجب للزوجـة من اللحم والأدم والكسـوة ، ووقت تجديدها ، وما إلى ذلك من لوازم النفقـة والكسوة

---

(1) ابن تيمية : الفتاوى الكبرى ج 2 ص 201 .

والسكنى ، جاء فى حاشيتى عميرة وقليوبى على شرح المنهاج (ويجب لحكم يليق بيساره كعادة البلد ، وما ذكره الشافعى من التحديد محمول - عند الأكثرين - على ما كان فى أيامه من قلة اللحم فيها ، ويزاد بحسب عادة البلد ، كما أن الأدم أدم غالب البلد) .

وما قيل عن النفقة فإنه يقال عن الكسوة ، قال ابن عابدين: «وكل جواب عرفته فى النفقة من اعتبار حالها أو حاله ، فهو الجواب فى الكسوة »[1] ونسب إلى الشافعى قوله : « منهن من لو كساها الصوف لأدب » .

ولقد رجع إلى العرف فى ضبط نفقة بعض الأقارب أيضاً ، والأكثر من هذا أن يرجع إليه فى تحديد نفقة أو علف الحيوانات والطيور والكلاب والقطط . . أنظر البحر الزخار[2] .

---

(1) ابن عابدين : رد المحتار ج 3 ص 580 .

(2) أنظر البحر الزخار ج 4 ص 284 .

المعاشرة بالمعروف :

أوصى الحق تبارك وتعالى الرجال بمعاشرة الزوجات بالمعروف وذلك فى قوله تعالى : ﴿ **وعاشروهن بالمعروف** ﴾[1] ومن المعاشرة بالمعروف عند بعض الفقهاء عدم تكليف الزوجة بالخدمة فى البيت ، بما فى ذلك العجن والطبخ ، فضلاً عن غيرهما ، لكن هذا مقيد عندهم بما إذا كانت الزوجة ممن لا تخدم نفسها فى بيت والدها أو حتى فى بيت زوجها الأول ، إذا سبق لها أن تزوجت غيره[2] ، وفى الوقت الذى يقدرون فيه هذا بالنسبة لغير معتادة الخدمة نجدهم يوجبون الخدمة على المعتادة ، وقالوا : إنها لا تستحق الأجر على ما كانت تقوم به من الخدمة من نسج ونحوه ، فضلاً عن العجن والطبخ .

وهكذا نرى أثر العرف فى اجتهاد الفقهاء حتى أن من

---

(1) الآية رقم 19 من سورة النساء .

(2) ابن عابدين رد المحتار ج 3 ص 579 .

الـزوجات من أوجبـوا عليهـا خـدمـة البيت ، ومنهن من أوجبوا لها الخدمة فى البيت ، بل ذهب الإمام أبـو يوسف إلى القول ، بأن « المرأة إذا كان يجل مقدارهـا عن خدمـة خـادم واحـد ، وتحتـاج إلى أكثر فى ذلـك : يحكم لهـا به »[1] .

---

(1) الكاسانى : بـدائع الصنـائع ح 4ص 2215 وفى البحـر الزخـار نحو هذا انظر ح 4 ص 199 .

الوكالة والعُرف

مراعاة من الشارع الحكيم لأحوال وظروف وقدرات الناس : أباح لهم عقد الوكالة ليصل عن طريقه العاجزون إلى حقوقهم ونيل حظوظهم .

ولما كان الوكيل يحل محل الأصيل ـ حسب نوع الوكالة ـ ويكتسب شرعية وحرية التصرف فيما وكل فيه ، وتمشياً مع عدالة الشريعة فقد أحالت هذه الشريعة بعض أحكام الوكالة على العرف ، حتى إذا غابت بعض البيانات والتفاصيل أغنى العرف عن كل هذه الأمور ، ولم يعد هناك موضع للشك أو الإبهام . وكما أن عقد الوكالة أبيح توسعة على الناس فلهذا لم تلزم فيه الشكلية التي ربما لزمت في غيره من العقود .

وأول ما يلاحظ أن عقد الوكالة ينعقد « بما يدل عليه

عرفا » كما جاء فى مختصر خليل أول باب الوكالة . وجاء فى البهجة : « الوكالة : تكون بالنص وبالعادة »[1] .

ومما ترتب على هذا : إفتاؤهم بتصديق الأخ فى دفعه لأخته ما قبضه لها من كراء رباعها سنين . محتجين بأنه وكيل لها عادة[2] ، ومن هذا أيضاً قولهم : الزوج كالوكيل ، فله قبض ما باعته زوجته ، ويصدق فى دفعه إليها إن أنكرت على المشهور من المذهب ، لأنه وكيل عنها بالعادة « ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات ، حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . قال ابن رشد : « يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وإن لم تثبت وكالته ، للعرف الجارى من تصرف الأزواج لزوجاتهم »[3] .

الوكيل فى الوكالة المطلقة يتخصص ويتقيد بالعرف[4] . قال عز الدين بن عبد السلام : « التوكيل

---

(1) ، (2) ، (3) أنظر فى كل هذا البهجة للتسولى ج 1 صفحتى 218 ، 217 .

(4) مختصر خليل ص 216 .

فى البيع المطلق : يتقيد بثمن المثل وغالب نقود البلد ، تنزيلاً للغلبة منزلة صريح اللفظ »[1] . ونحو هذا الكلام فى المهذب[2] للشرازى . وقال البدر العينى : « إن الوكيل مقيد بنقد البلد وبكيله وميزانه فإذا تجاوز ذلك فإنه لا يصح »[3] .

وعليه فإن جميع تصرفات الوكيل تكون محكومة بالعرف ما لم يتفق على خلافه فمثلاً لو قال الموكل للوكيل : « بع دوابى ، وكان العرف يقتضى تخصيص فإنه يتخصص به » كما فى البهجة للتسولى 1-203 .

ومن هذا أيضاً أن الوكيل المفوض لا يصح له ـ ولا منه ـ بيع دار السكنى مثلاً للعرف إذ المدار عليه جرى عرف بلد أن الوكيل المفوض يبيع كل شىء وجاز[4] . لا

---

(1) قواعد الأحكام ج 2 ص 107 وما بعدها .

(2) ج 1 ص 213 .

(3) عمدة القارى ج ص 144 .

(4) أنظر البهجة ج 1 صفحتى 206, 213 .

يجوز له : قبض ثمن ما باعه إلا لعادة . كما فى البهجة عن الشامل[1] .

كذلك فإنه إذا كان السعر معروفاً عند الناس ـ كثمن الخبز واللحم ـ فلا ينفذ على الموكل إلا ثمن المثل[1] . كما أن الوكيل إذا باع أو أجّر إلى أجل غير متعارف ـ فإنه لا ينفذ البيع ولا الإجارة على الموكِّل[2] .

ومن هذا لا يلزم الموكِّل إلا بما يناسبه « حتى قالوا : إن القاضى إذا أمر إنساناً بأن يشترى له حماراً إلى ما يركب مثله ، حتى لو اشترى مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز له »[3] .

وإذا كان العرف فيما ذكرناه يكاد يكون رقيباً على الوكيل ، فإنه يكون أحياناً فى جانبه مدافعاً عنه ومبرئاً لساحته . ومن ذلك : « لا يلزم الوكيل بالبيع : ضمان ، إذا كانت العادة والعرف أن لا يبيع بنفسه ،

---

(1) المصدر السابق .

(2) ، (3) مرشد الحيران أنظر المادتين 920 ، 921 .

(4) أنظر شرح المادة 1463 من مواد المجلة .

وأن يعطى المبيع للدلال يعرضه للبيع ، وأن يرسل الثمن بواسطة أمين . وأعطى المال المعتاد إلى الدلال فضاع المال منه أو تلف . . . لأنه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك »[1] . وعلى العموم فأعمال الوكالة كلها محمولة على العرف .

---

(1) على حيدر، أنظر شرحه للمادة 1478 من مواد المجلة ج 3 ص 603 .

آثار العُرف لا تكاد تُحصى

لـو حاولنـا حصر آثـار العرف فى التشـريع الإسـلامى لأجهدنا ذلك ، ولتطلب منا عملاً وزمناً أكثر . ذلك لأن العـرف قد تغلغـل فى حياة النـاس بشكل لم يغادر معـه صغيرة ولا كبيرة إلا ونفذ إليها ، ابتداء بعقود المعاوضات ـ كالبيوع والإجارة ـ وانتهاء بالضيافات وآدابها ومـا ينبغى ـ أو لا ينبغى ـ فيهـا بل ربمـا تطرق حتى إلى بعض أمـور العبادات ، كما فى حد الوسخ فى الثوب الذى لا تجوز بـه الصلاة ، وحد الماء الجارى ، وعادة الطهر بالإضـافة إلى ما سبق ذكره .

وبـالنظر إلى أهميـة الأبـواب التى مـر ذكـرهـا ، ولكى ندلل على ما للعرف من الأهمية فى نظر فقهاء الإسـلام ، منـذ زمن التشريـع إلى يومنـا هـذا ، ونـظراً إلى أن هـذا البحث محـدود كماً وكيفـاً ، وربما زمـاناً ومـكانـاً . نقـول

بالنظر إلى هذا ـ وغير هذا ـ فقد توسعنا فى الحديث بعض الشيء فى ما مر من هذه الأبواب ، وذلك بعرض عديد من الأمثلة من أقوال مختلف طوائف الفقهاء ، لتكون دليلاً عى أثر العرف يستدل به على ما لم نذكره من أبواب فقه المعاملات ، إذ الغرض من هذا البحث هو : محاولة الوصول إلى حقيقة العرف ونظر الشريعة الإسلامية إليها ، وموقف الفقهاء منه وبالتالى : معرفة أثره فى التشريع الإسلامى ـ لا على سبيل الحصر بل ـ على سبيل الإجمال ، ولكن على نحو يكفل الدلالة القاطعة على وجود هذا الأثر ، وقد تحقق كل هذا بما فيه الكفاية وعلى قدر الاستطاعة فى ما تقدم من الأبواب والحمد لله .

فإن يكن فى عملى هذا خدمة للشريعة الإسلامية فذلك ما كنت أبغى ، وإن تكن الأخرى فأستغفر الله ، وحسبى أننى حاولت وما توفيقى إلا بالله .

خاتمة البحث

على ضوء ما تقدم عرضه من النصوص الشرعية ، وأقوال الأئمة والفقهاء والمؤرخين يمكننا أن نؤكد على ملازمة العرف للجماعات البشرية منذ تكونت هذه الجماعات ، وهذا راجع إلى أنه : وليد حاجتها ، وعامل على تماسك وحدتها وترابط أعضائها وحكم بين أفرادها عند غياب أو نقص القوانين ، وربما جاز القول إنه حتى مع وجود هذين فإنه لا يتخلى عن دوره بسهولة ، بل يحتفظ بأداء وظائفه ـ ولو فى بعض الجوانب ـ مستعيناً بحيويته وعطف الجماعة عليه وميلها إليه ، لشعورها بأنه : غير مفروض عليها بل هو صادر عنها .

غير أنه قد تفرض بعض الأعراف أحياناً على مجموعات من الناس تكون فى أغلبها ضارة لأكثرهم نافعة

لأقلهم ، وفى مثـل هـذه الـظروف يتـوقف بقـاء هـذه الأعراف على قوة المستفيدين منها ، الذى يبـذلون أقصى ما لديهم من القـوة فى سبيل الحفـاظ عليها ، ولا يتخلون عنها إلا لسبب قاهر ، قد يكون ثورة أرضية ، وقد يكون ثورة سماوية إن صح التعبير .

وأيـاً كان الأمـر فـإن تلك الأعـراف : تنهـار بـانهيـار حمـاتها ، عكس الأعـراف الصادرة عن ضمـير الجمـاعـة والمعبـرة عن حـاجـاتهـا ، فـإنها قـد تبقى حيث يتبنـاهـا المسؤ ولون الجدد سواء كانوا رسلاً أو مجرد قادة .

وهذا عين ما حصل من الشـريعة الاسـلامية إذ نـراها ـ من باب تكريمها للإنسان ـ قد راعت العـرف الذى فيـه مصلحـة الجماعة ولا يتعـارض مع أهـدافهـا بـاعتبـارهـا مصلحـة لكل الناس لا لفـرد دون غيـره ، أو طبقـة دون أخرى . كما أنها هـدمت ما عـداه من الأعراف الفـاسدة والمتضمنة لضرر الجماعة سواء كان ذلك الضرر بعيـداً أو قريباً ، ظـاهراً أو خفيـاً حيث إن بعض المضار قـد تخفى عـلى كثير من النـاس . وما ينبغى للشـريعـة ـ ولا ينتـظر

منها ـ أن تفعل غير ذلك إذ يستحيل اجتماع الضدين وتوافق النقيضين .

ولا يشكل عليّ القول بمراعاة الشريعة الإسلامية للعرف موقف بعض الأصوليين منه واختلافهم فى حجيته ، إذ ليس هو المصدر الوحيد المختلف فيه ، فهناك الإجماع والقياس ناهيك عن بقية المصادر الأخرى إذ لم يتفق إلا على القرآن والسنة ، ثم إن هذا الاختلاف فى حد ذاته لا يعتبر مشكلة إذا قدر سبب الاختلاف حق قدره . على أن هذا الخلاف يختفى ـ أو يكاد ـ عند التطبيق أو تأسيس الأحكام ، فكم من أصولى لم يقل بالعرف فى أصوله ولكنه على صعيد التطبيق لا يسعه إلا القول به ، حتى قال ابن القيم فى مثل هؤلاء : « فإنهم ينكرونه بألسنتهم ولا يمكنهم العمل إلا به »[1] أو كما قال القرطبى : « . . . ينكرونه لفظاً ويعملون به معنى » إذاً فالصحيح أن الشريعة الإسلامية راعت العرف وجعلته أصلاً من أصولها .

---

(1) ابن القيم : أعلام الموقعين ج 2 ص 414 .

ولقد تجلت هذه المراعاة فى إقرار الشريعة بعض العادات والأعراف ، وفى الأسلوب التدريجى الذى اتبعته فى هدم ما هدمته منها ، ناهيك عما أحالته نصوصها عليه من بيان وتفصيل بعض الأحكام ، كما فى النفقة والإجارة والبيوع وغيرها وفق ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، بمقتضى فهمهم لنصوص القرآن الكريم والسنة المطهرة ، المؤيد بعمل الصحابة والتابعين ، باعتبارهم الهداة المهتدين والأقدر على فهم المراد من الشريعة .

ومن لطف الله بنا أن مكن لهم فى الأرض حتى اختلطوا بأناس غير ناسهم ورأوا عادات غير عاداتهم ، فما رابهم من ذلك شىء ، ولم يستنكروا إلا ما نهى الشرع عنه ، ولعل فى عمل حذيفة رضى الله عنه ما يدل على ذلك عندما أكل على مائدة أحد الدهاقين بالمدائن ، فلم يستنكر أبو حذيفة شيئاً إلا آنية الشراب التي كانت من فضة ، وأنه لم يستعملها لنهيه عن ذلك عليه السلام .

وكان من أثر إقرار هذا المبدأ ـ اعتبار العرف ـ وغيره أن زخر الفقه الإسلامى على مر العصور بشتى الحلول لما

استجد ويستجد من القضايا بين الناس ولما يتطلبه التطور الحضارى بما يصاحبه من التعقيد وتشابك الأمور ، ولم يقف هذا الفقه عاجزاً عن حل أية قضية فى يوم من الأيام ، رغم انتشاره فى بيئات مختلفة الظروف والمناخ ، وتطبيقه على أكبر مساحة من الأرض عرفها دين من الأديان ، الأمر الذى يمكن القول معه أن الشريعة الإسلامية لاحظت تأثير المناخ فى تشكيل العادات التى تحكم تصرف الإنسان قبل أن يعرفها ويقول بها منتسكيو فى روح القوانين بمئات السنين .

وخلاصة القول إن الفقه الإسلامى قد ازدهر على مر العصور وكان من جملة أسباب ازدهاره مراعاة العرف حتى يمكن القول إن الثروة الفقهية الإسلامية تعد - بحق - أكبر ثروة فكرية عرفها الإنسان - وبخاصة - فى مجال الفقه . وقد ذكرنا طائفة من الأحكام المبنية على العرف أو المحال عليه الفصل فيها فى ما تقدم من هذا البحث .

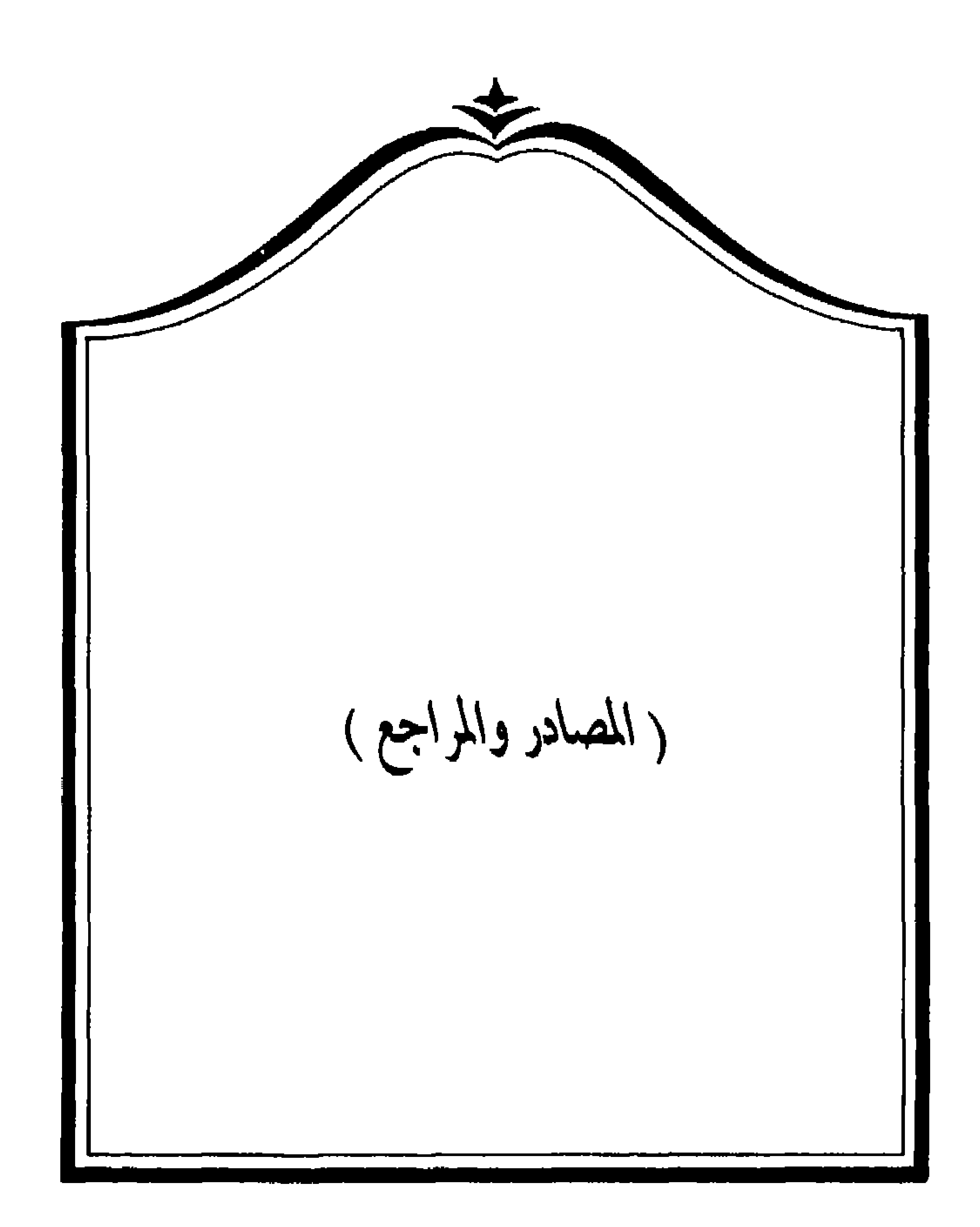
وأخيراً وبناء على ما تقدم فإننى : أقرر أمرين ، الأول

أن العرف ـ متى استكمل شرائطه ـ مصدر أساسى من مصادر التشريع الإسلامى تبنى عليه الأحكام ، ويستعان به فى التوصل إلى الحق ، ومعرفة مقاصد الناس فى عقودهم التبادلية ، وأيمانهم ووصاياهم ومقاصدهم فى جميع معاملاتهم .

الثانى : أنه من الأفضل لهذه الشريعة أن تتوازى فيها الرخص والعزائم دون التركيز على أى منهما دون الأخرى ، وإذا كان لا بد من تغليب إحداهما على الأخرى فى بعض المجالات ، فليكن التركيز على العزائم فى العبادات ، وعلى التيسير والسماحة فى المعاملات .

وما من شك فى أن فى العمل بالعرف : أحد مظاهر السماحة والتيسير فى هذه الشريعة ، وهو الأمر الذى طلبه محمد ﷺ وأوصى به أتباعه بقوله : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » . وما احتواه هذا التوجيه النبوى هو ما حاولت فى هذا البحث ، عن طريق إثبات حجية العرف ، وذلك لما فى العمل به من رفع الحرج عن هذه الأمة التى خاطبها ربها بقوله :

﴿ وما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾



(المصادر والمراجع)

أولاً

1 ـ القرآن الكريم .

ثانياً : كتب السنة :

2 ـ صحيح الإمام البخارى .

3 ـ صحيح الإمام مسلم .

4 ـ صحيح الإمام الترمذى .

5 ـ موطأ الإمام مالك .

6 ـ سنن النسائى .

7 ـ السنن الكبرى للبيهقى .

8 ـ الجامع الصغير .

9 ـ نيل الأوطار .

ثالثاً : كتب التفاسير

10 ـ أحكام القرآن . ابن الفرس مخطوط .

11 ـ **أحكام القرآن** . الجصاص ط مصر 1347 هـ .
12 ـ **أحكام القرآن** . ابن العربي ط عيسى الحلبي 1967 م .
13 ـ **الإكليل في استنباط التنزيل** . السيوطي ط دار الكتب العلمية د/ت .
14 ـ **تفسير القرآن العظيم** . ابن كثير ط دار الأندلس د/ت .
15 ـ **جامع البيان** . الإمام الطبري تصوير دار المعرفة 72 م .
16 ـ **روح المعاني** . الألوسي ط المنيرية مصر .
17 ـ **روح البيان** . البرسوي تصوير دار الفكر ط 1928 .
18 ـ **فتح القدير** . الشوكاني ط 3 دار المعرفة 1973 .
19 ـ **غرائب القرآن** . النيسابوري هامش تفسير الطبري .
20 ـ **الجامع لأحكام القرآن** . القرطبي ط 3 ـ دار القلم 1966 .
21 ـ **البحر المحيط** . أبو حيان ط/ 2 ـ دار الفكر د/ت .
22 ـ **التحرير والتنوير** . محمد الطاهر بن عاشور ط/الدار التونسية للنشر 1972 م .

23 ـ **التسهيل** . ابن الكلبى ط/القاهرة 1973 م .
24 ـ **التفسير القرآنى للقرآن** . عبد الكريم الخطيب .
25 ـ **التفسير الوسيط** . محمد سيد طنطاوى منشورات جامعة بنغازى 1974 م .
26 ـ **مؤتمر تفسير سورة يوسف** . عبد الله العلمى ط/رقم 2 دار الفكر 1969 م .
27 ـ **محاسن التأويل** . القاسمى ط/دار إحياء الكتب 1957 م .
28 ـ **مجمع البيان** . أبو على الطبرسى بيروت د/ت .
29 ـ **مفاتيح الغيب** . الرازى ط/دار الكتب العلمية د/ت .
30 ـ **تفسير المنار** . محمد رشيد رضا ط/2 تصوير دار المعرفة د/ت .
31 ـ **تفسير المراغى** . أحمد مصطفى المراغى ط/3 دار إحياء التراث 1974 م .

رابعاً : شرح السنة

32- **إرشاد السارى** . القسطلانى ط/7 بولاق 1327 هـ .

33 ـ إكمال المعلم . الأبي دار الكتب العلمية بيروت د/ت .
43 ـ شرح السيوطي . السيوطي المطبعة الأزهرية .
35 ـ شرح الموطأ . الباجي ط/السعادة 1332 هـ .
36 ـ شرح الموطأ . الزرقاني ط/الحلبي 1961 م .
37 ـ شرح صحيح مسلم . النووي ط/2 دار الفكر بيروت 1972 م .
38 ـ عارضة الأحوذي . العربي ط/المصرية 1931 م .
39 ـ عمدة القاري . البدر العيني ط/بيروت د/ت .
40 ـ عون المعبود . ابن القيم الناشر المكتبة السلفية 1969 م .
41 ـ فتح الباري . ابن حجر ط/السلفية القاهرة 1380 هـ .
42 ـ فتح العلام . صديق حسن خان الناشر المكتبة العلمية بالمدينة د/ت .
43 ـ فيض القدير . المناوي ط/مصطفى محمد / مصر 1938 م .

44 ـ **مكمل اكمال الأكمال** . محمد السنوسى الحسينى هامش أكمال إكمال المعلم .

45 ـ **حسام العدل والإنصاف** . الشنقيطى مخطوط بدار الكتب بتونس رقم 51 .

46 ـ **العرف والعادة في رأي الفقهاء** . أحمد أبو سنة ط الأزهر 1941 م .

47 ـ **العرف فى الفقه الإسلامى** . عمر عبد الله ط جامعة الاسكندرية 1951 م .

48 ـ **نشر العرف** . ابن عابدين ط نظارة المعارف / تركيا 1325 هـ .

49 ـ **نظرية العرف** . د/عبد العزيز الخياط نشر وزارة الأوقاف الأردن 1977 م .

خامساً : كتب أصول الفقه

50 - **الأحكام** . ابن حزم ط / العاصمة بالقاهرة د/ت .

51 ـ **إرشاد الفحول** . الشوكانى ط / الحلبي 1937 م .

52 ـ **الإعتصام** . الشاطبي تصوير دار المعرفة د/ت .

35 ـ **التلويح على التوضيح** . سعد الدين التفتازانى ط/صبيح 1957 .

54 ـ **التمهيد** . الأسنوى ط 2 1387 هجرية .

55 ـ **تنقيح الفصول** . القرافى ط/الخيرية بمصر 1306 هـ .

56 ـ **تهذيب الفروق** . محمد بن حسين مطبوع على هامش الفروق للقرافى .

57 ـ **تفسير التحرير** . ابن الهمام ط/صبيح 1933 م .

58 ـ **سلم الوصول** . محمد بخيت المطيعى ط/إحياء الكتب 1346 هـ .

59 ـ **الفروق** . القرافى ط/ إحياء الكتب 1346 هـ .

60 ـ **إدرار الشروق** ـ ابن الشاط مطبوع مع كتاب الفروق .

62 ـ **كشف الأسرار** . البزودى تصوير دار الكتاب اللبنانى 1974 م .

63 ـ **المستصفى** . الغزالى ط/الفنية 1971 م .

64 ـ **مسلم الثبوت** . البهارى ط/الحسينة 1326 هـ .

65 ـ **المسودة** . ابن تيمية ط/المدنى 1964 م .

66 ـ **الموافقات** . الشاطبى ط/المدنى 1969 م .
67 ـ **نهاية السؤال**. الأسنوى ط/السلفية 1343 هـ .
68 ـ **البهجة فى شرح التحفة** . التسولى دار الفكر د/ت .
69 ـ **تبصرة ابن فرحون** . ابن فرحون هامش فتح العلى المالك ط 1958 .
70 ـ **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير** . الدسوقى ط/عيسى الحلبى د/ت .
71 ـ **حاشية على شرح ميارة للعاصمية** . ابن رحال هامش شرح ميارة للعاصمية .
72 ـ **شرح مختصر خليل** . الزرقانى ط/بولاق 1303 هـ .
73 ـ **شرح ميارة للعاصمية** . أحمد ميارة ط/الاستقامة د/ت .
74 ـ **شرح الرسالة** . زروق ط/الجمالية مصر 1914 م .
75 ـ **شرح الرسالة** . ابن ناجى ط/الجمالية مصر 1914 م .
76 ـ **شرح ميارة على اللامية** . أحمد ميارة مخطوط .

77 ـ مختصر العلامة خليل . خليل بن إسحاق ط/دار الفكر 1972 م .
78 ـ المدونة الكبرى . سحنون مصورة عن طبعة بولاق د/ت .
79 ـ مقدمات ابن رشد . ابن رشد ط/السعادة د/ت .
80 ـ منح الجليل . محمد اعليش الناشر مكتبة النجاح .
81 ـ مواهب الجليل . الحطاب تصوير دار الفكر ط/2 ـ 1978 م .

سادساً : كتب المذهب الحنفي

82 ـ الأخبار . ابن المصنف ط/الاستقامة 1355 هـ .
83 ـ البحر الرائق . ابن نجيم تصوير دار المعرفة د/ت .
84 ـ بدائع الصنائع . الكاسانى مطبعة الإمام بالقاهرة 1972 م .
85 ـ تبين الحقائق . الزيلعى تصوير دار المعرفة عن ط/بولاق .
86 ـ جامع الفصولين . ابن قاضى سماوة ط/بولاق 2301 هـ .

87 ـ **درر الحكام** . علي حيدر منشورات مكتبة النهضة د/ت .

88 ـ **رد المحتار** . ابن عابدين ط/1966/2 م .

89 ـ **السير الكبير** . محمد بن الحسين ط/شركة الإعلانات الشرقية 1971 م .

90 ـ **الفتاوى الهندية** . الشيخ نظام وآخرون تصوير دار المعرفة .

91 ـ **الفتاوى البزازية** . البزاز الكردرى هامش الفتاوى الهندية .

92 ـ **الفتاوى الخانية** . قاضى خان هامش الفتاوى الهندية .

93 ـ **الفتاوى الطرسوسية** . نجم الدين الطرسوسى ط/الشرق 1976 م .

94 ـ **فتح القدير** . ابن الهمام ط/الحلبى 1970 م .

95 ـ **العناية على البداية** . محمد البابرتى مطبوع مع فتح القدير .

96 ـ **المبسوط** . السرخسى تصوير دار المعرفة د/ت .

97 ـ **معين الحكام** . علاء الدين الطرابلسي ط/الحلبى 1973 م .
98 ـ **لسان الحكام** . ابن الشحنة مطبوع من مع معين الحكام 1973 م .
99 ـ **الهداية على البداية** . المرغينانى ط/الحلبى 1965 م .

سابعاً : كتب الشافعية

100 ـ **إحياء علوم الدين** . الغزالى عيسى الحلبى د/ت .
101 ـ **الأشباه والنظائر** . السيوطى مصطفى الحلبى 1959 م .
102 ـ **إعانة الطالبين** . السيد البكرى دار الفكر د/ت .
103 ـ **الإقناع** . الخطيب الشربينى دار المعرفة 1978 م .
104 ـ **تحفة الحبيب** . سليمان البجيرمى، ط/دار المعرفة 1978 م .
105 ـ **تكملة المجموع** . تقى الدين السبكى .
106 ـ **حاشية على نهاية المحتاج** . الشبرملسى ط/الحلبى 1967 .

107 ـ حاشية على نهاية المحتاج . أحمد الرشيدى ط/الحلبى 1967 م .

108 ـ حاشيتان على تحفة المحتاج . الشروانى وابن قاسم دار صادر د/ت .

109 ـ جواهر العقود . شمس الدين المنهاجى ط/السنة 1955 م .

110 ـ الحاوى للفتاوى . السيوطى ط/دار الكتب العلمية

111 ـ فتاوى السبكى . تقى الدين السبكى مكتبة القدس 1356 هجرية .

112 ـ فتح العزيز . أبو القاسم الرافعى مطبوع مع المجموع النووى .

113 ـ مغنى المحتاج . الخطيب الشربينى مطور عن طبعة 1955 م .

114 ـ المهذب . الشيرازى ط/الحلبى 1959 م .

115 ـ نهاية المحتاج . الرملى ط/الحلبى 1967 م .

ثامناً : كتب الحنابلة

116ـ أعلام الموقعين . ابن القيم ط/الفتية 1968 م .

117 ـ بدائع الفوائد . ابن القيم تصوير دار الكتاب العربى .
118 ـ حاشية على الروض المربع . عبد الله العنقرى مطبوع مع الروض المربع .
119 ـ الروض المربع . منصور البهوتى ط/ السعادة 1970 م .
120 ـ الفتاوى الكبرى . ابن تيمية دار المعرفة د/ت .
121 ـ القواعد . ابن رجب الحنبلى دار المعرفة د/ت .
122 ـ كشاف القناع . منصور البهوتى الناشر مكتبة مصر الحديثة .
123 ـ المبدع فى شرح المقنع . ابن مفلح المكتب الإسلامى 1974 .
124 ـ مذهب أهل المدينة . ابن تيمية مطبعة الإمام د/ت .
125 ـ المغنى . ابن قدامة ط/ مكتبة القاهرة 1970 م .
126 ـ نظرية العقد . ابن تيمية دار المعرفة د/ت .

تاسعاً : كتب الدراسات الحديثه

127 ـ ابن تيمية . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربى د/ت .

128 ـ ابن حنبل . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربى د/ت .

129 ـ أبو حنيفة . الشيخ أبو زهرة دار الفكر العربى د/ت .

130 ـ الإثبات فى الشريعة الإسلامية . وهبه الزحيلى جامعة قار يونس السنة السادسة 1976 .

131 ـ الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه . د/رشيد توانا ط/المدنى 1973 م .

132 ـ الأحكام الشرعية . د/زكى شعبان جامعة بنغازى 1971 م .

133 ـ إسلام بلا مذاهب . د/مصطفى الشكعة ط/الحلبى 1976 م .

134 ـ الإسلام عقيدة وشريعة . الشيخ شلتوت ط/7 دار الشروق 1974 م .

145 ـ **الإسلام بنظرة عصرية** . محمد جواد مغنية ط/3 دار العلم للملايين 1981 م .

136 ـ **الإسلام يتحدى** . وحيد الدين خان ط/7 المختار الإسلامي 1977 م .

137 ـ **أسمى الرسالات** . عبد الحميد الخطيب دار الكتاب العربي 1954 م .

138 ـ **أصول الأحكام** . د/أحمد الكبيسي ط/الحرية بغداد 1975 م .

139 ـ **أصول الفقه الإسلامي** . شاكر الحنبلي ط/دمشق 1948 م .

140 ـ **أصول الفقه** . محمد الخضري ط/6 دار الاتحاد العربي للطباعة .

141 ـ **أصول الفقه** . محمد أبو زهرة ط/دار الكتاب العربي د/ت .

142 ـ **أصول الفقه** . زكي شعبان ط/بيروت 1971 م .

143 ـ **أصول الفقه** . محمد الخضر حسين ط/دار الاتحاد العربي د/ت .

144 ـ أصول الفقه . بدران أبو العينين بدران ط/الاسكندرية د/ت .
145 ـ أصول الفقه . عباس متولى حمادة ط/2 النهضة العربية د/ت .
146 ـ أصول الفقه . زكريا البيرى ط/جامعة القاهرة 1977 م .
148 ـ أفعال الرسول . محمد الأشقر ط/مكتبة المنار 1978 م .
148 ـ بحوث فى الشرعية الإسلامية . محمد عبد الجواد ط/مصر 1973 م .
149 ـ تاريخ التشريع الإسلامى . د/عبد العظيم شرف الدين ط/2 دار التأليف 1972 م .
150 ـ تاريخ الفقه الإسلامى . د/محمد يوسف موسى ط/دار الكتاب العربى 58 م .
151 ـ تاريخ المذاهب الإسلامية . د/محمد أبو زهرة ط/الناشر دار الكتاب العربى د/ت .
152 ـ التشريع الإسلامى لغير المسلمين . د/الشيخ المراغى .

153 ـ **التشـريـع والفقـه فى الإسـلام** . منـاع القـطان ط/مكتبة وهبة 1976 م .
154 ـ **تفسير النصوص** . د/محمد أديب صالح ط/المكتب الإسلامى 1972 م .
155 ـ **حجية القياس** . د/عمـر مولـود منشورات جـامعة بنغازى .
156 ـ **الدعائم الخلقية** . د/صبحى محمصانى ط/جـامعة فؤاد 1949 م .
157 ـ **الشافعى حياته وعصره** . الشيـخ أبو زهـرة ط/دار الفكر العربي د/ت .
158 ـ **الشـريعـة الإسـلاميـة** . . . محمـد الخضـر حسـين ط/ 1971 م .
159 ـ **ضـوابط المصلحـة** . محـمـد سعـيـد البـوطـى ط/دمشق1966 م .
160 ـ **علم أصول الفقه** . عبد الوهاب خلاف .
161 ـ **الـفقـه الإسـلامـى** . عـسـوى أحمـد عـسـوى ط/النصر 1943 م .

162 ـ القضا فى الإسلام . د/عطية مشرفة ط/شركة الشرق الأوسط 1966 م .

163 ـ فلسفة التشريع . د/صبحى محمصانى دار العلم للملايين 1961 م .

164 ـ القواعد الأصولية . منصور محمد الشيخ ط/السعادة د/ت .

165 ـ مالك بن أنس . عبد الحليم الجندى ط/دار المعارف 1969 م .

166 ـ مالك حياته وعصره . الشيخ أبو زهرة ط/دار الفكر د/ت .

167 ـ مجمع البحوث الإسلامية . المؤتمر الخامس ط/المدنى 1968 م .

168 ـ المدخل فى التعريف للفقه الإسلامى . محمد مصطفى شلبى ط/دار النهضة 1969 م .

169 ـ المدخل إلى أصول الفقه المالكى . محمد عبد الغنى الباجقنى .

170 ـ المدخل للفقه الإسلامى . محمد سلام مذكور ط/دار النهضة 1960م .

171 ـ **المدخل لدراسة الشريعة** . عبد الكريم زيدان ط/5 مكتبة القدس 1976 م .
172 ـ **المدخل لعلم الفقه** . عبد الرحمن الصابونى .
173 ـ **المدخل الفقهي العام** . مصطفى الزرقا ط/دمشق 1968 م .
174 ـ **المدخل إلى أصول الفقه الإسلامى** . محمد معروف الدواليبى مدرية المطبوعات 1965 م .
175 ـ **المدخل للتشريع الإسلامي** . محمد فاروق النبهان دار القلم 1977 م .
176 ـ **المدخل لدراسة التشريع** . محمد يوسف موسى ط/2 دار الرائد العربى 1961 م .
177 ـ **مرشد الحيران** . محمد قدرى باشا ط/المكتبة العربية 1338 هـ .
178 ـ **مصادر التشريع الإسلامى** . محمد أديب صالح ط/ التعاونية 1968 م .
179 ـ **المصلحة فى التشريع** . مصطفى زيد .
180 ـ **مصادر التشريع** . أحمد حسن الباقورى ط/إحياء التراث 1971 م .

181 ـ مصادر التشريع فيما لا نص فيه . عبد الوهاب خلاف .
182 ـ معالم الشريعة . صبحي محمصاني .
183 ـ مقاصد الشريعة . حسين حامد ط/ العالمية 1969 م .
184 ـ مقاصد الشريعة . علال الفاسى .
185 ـ مقدمة فى إحياء علوم الشريعة . صبحى محمصانى دار العلم 1962 م .
186 ـ ملتقى الإمام ابن عرفة . مجموعة من الباحثين ط/ التونسية 1977 م .
187 ـ من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون . أحمد عبد المنعم البهى ط/ العربية 1965 م .
188 ـ منهج عمر بن الخطاب فى التشريع . محمد بلتاجى .
189 ـ الموجز فى أصول الفقه . القرنشاوى وآخرين ط/ الأهلية بنغازى 1965 م .

190 ـ الوجيز فى أصول الفقه . عبد الكريم زيدان ط/3 بغداد 1967 م .

191 ـ الوسيط فى أصول الفقه . وهبية الزحيلى ط/دمشق 1969 م .

الكتب القانونية

192 ـ الأحكام العامة فى قانون الأمم . د/محمد الغنيمى ط/منشأة الإسكندرية 1970 م .

193 ـ تاريخ النظم القانونية . د/أحمد عشوش ط/الأهلية بنغازي 1977 م .

194 ـ القانون الدولى العام . د/على صادق أبو هيف ط/منشأة الأسكندرية 1972 م .

195 ـ مبادىء القانون الدولى العام . د/عبد العزيز سرحان ط/النهضة 1975 م .

196 ـ المدخل إلى تاريخ القانون . د/محمد معروف الدواليبى .

197 ـ المـدخـل إلى الـقـانـون . د/حـسـن كـيـرة ط/الاسكندرية 1971 م .
198 ـ المدخل للعلوم القانونية . د/مصطفى منصور .
199 ـ المـدخـل للعلوم القـانـونيـة . د/عبـد المنعم البدراوى .
200 ـ المـدخل للعلوم القـانونيـة . المستشـار /عـلى عـلى منصور ط/2 الناشر دار الفتح 1971 م .
201 ـ نـظريـة القـانـون . د/عبـد الفتـاح عبـد البـاقى ط/1966 م .
202 ـ الـوسيط في القانـون الدولى . د/محسن الشيشكـلى ط/بيروت 1973 م .

الكتب التاريخيه

203 ـ أخبـار القضـاة . وكيـع ط/عـالم الكتب بيـروت د/ت .
204 ـ البـدايـة والنهـايـة . ابن كثـير ط/مكتبـة المعـارف بيروت د/ت .

205 ـ **تاريخ قضاة الأندلس** . أبو الحسن النباهى ط/المكتب التجارى بيروت د/ت .

206 ـ **تاريخ عمر بن الخطاب** . ابن الجوزى ط/دار الرائد 1982 م .

207 ـ **التراتيب الإدارية** . عبد الحى الكتانى الناشر حسن جعنا د/ت .

208 ـ **طبقات علماء إفريقيا** . أبو العرب القيروانى ط/التونسية للنشر 1968 .

209 ـ **كتاب الولاة وكتاب القضاة** . محمد بن يوسف الكندى ط/بيروت 1908 م .

210 ـ **معالم الإيمان**. أبو زيد الدباغ ط/الدجوى 1306 هـ .

كتب متفرقه

211 ـ **الآثار** . أبو يوسف ط/الاستقامة 1355 هـ .

212 ـ **أدب القاضى** . الماوردى ط/ الإرشاد 1971 م .

213 ـ **أدب القاضي والقضاء** . أبو المهلب القيسى ط/الشركة التونسية .

214 ـ **الإجماع في الشريعة** . علي عبد الرزاق الناشر دار الفكر العربي 47 م .
215 ـ **الأحكام السلطانية** . الماوردي ط/بيروت 1978 م .
216 ـ **الأحكام السلطانية** . الفراء الحنبلي ط/3 الحلبي 1973 م .
217 ـ **إعلام الساجد بأحكام المساجد** . محمد عبد الله الزركشي ط/مصر 1384 هـ .
218 ـ **البحر الزخار** . أحمد بن المرتضى ط/مؤسسة الرسالة 1975 م .
219 ـ **التعريفات** . السيد الجرجاني .
220 ـ **تراث الإنسانية** . مجموعة من الباحثين الدار المصرية للتأليف د/ت .
221 ـ **شرح كتاب النيل** . محمد أطفيش ط/دار الفتح 1973 م .
222 ـ **ضحى الإسلام** . أحمد أمين ط/النهضة المصرية 1974 م .
223 ـ **العبقريات الإسلامية** . عباس العقاد ط/دار الكتاب اللبناني 74 م .

224 ـ **الفقيه والمتفقه** . الخطيب البغدادى ط/دار إحياء السنة 1975 م .

225 ـ **قصة الحضارة** ول ديورانت ط/4

226 ـ **قواعد الأحكام** . عز الدين بن عبد السلام ط/الاستقامة د/ت .

227 ـ **الكتاب الأخضر** . معمّر القذافى .

228 ـ **كتاب الأموال** . القاسم بن سلام ط/1975 م .

229 ـ **كشاف اصطلاحات الفنون** . التهانوى منشورات خياط .

230 ـ **الموسوعة العربية الميسرة** . مجموعة من الباحثين ط/2 دار الشعب 1972 م .

رقم الإيداع 23 - 1986

الفهرس

صدر من هذه السلسلة

